قوم من اهل البادية قضى بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم
جعلهم الامام في العطاء حيث يصير الدية في اعطياتهم وان كان قضى
بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها
في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية يقضى من ايسر الاموال اداء
والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال
العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء
دراهم فحينئذ لا يتحول دراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى
ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان
النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله صلى الله تعالى عليه وسلم مولى القوم منهم قال
ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء
العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقدم في الولاء ولا يعقل العاقلة اقل من
نصف عشر الدية وتتحمل وتعقل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث
ابن عباس موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة
وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف
ولا اجحاف في القليل انما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع
قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين
القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي والتسوية
في ان لا يجب شئ على العاقلة الا انا تركناه بما روينا وبما روى انه عليه
السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على
ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم
كما يجب ضمان الاموال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس
ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا

ولانه

ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية
عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم
على انفسهم ولاية ومن اقر بقتل خطأ ولم يرتفعوا الى القاضي الا بعد سنين
قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى لان التأجيل من
وقت القضاء في الثابت بالبينة فمن الثابت بالاقرار اولى ولو تصادقا
القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة
بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شئ على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة
عليهم ولم يكن عليه شئ في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة
بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء
معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق
العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته
لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله
لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس
من العبد لا يتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على
ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان
القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين
هم اهل نصرته ليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان
ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي
حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان الدية في ماله ووجه ان الاصل ان
تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة
تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل
وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان
عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب

في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين
ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا
من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام
تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون
في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر لم يؤد كتابته
حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول
ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته
فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا
بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة
الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في
ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الديات
تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه ها هنا عدة مسائل ذكرها
محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل
حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى
قضي بها اولم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة
حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها اولم يقع ولو لم يختلف حال
الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان
كان قضي بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى
فانه يقضي بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان
اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا
الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد كتاب
الوصايا باب صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما
يكون رجوعا عنه قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى

جوازها

301

جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها
بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها
فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات
يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده
المالي ولو انهضه البر يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله
في الاجارة بيناه وقد يبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز
والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة
وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم
زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة
ثم تصح لاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما بيناه وسنبين ما هو
الافضل فيه ان شاء الله تعالى قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام
في حديث الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولان حق
الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب
تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك
تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به
عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف
في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث
قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه
ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند
الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد
ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر
انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في القايم وهذا قد مضى وتلاشى
ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل

وجه ينقلب حقيقة قبله والرضاء ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلانه
الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمها ما ذكرناه
وكل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند
الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة
رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن
قال ولا تجوز للقاتل عامدا او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام
لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اجله الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال
الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي
يبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بينا ولو
اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز لان جناية
باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفوذ بطلانها
يعود اليهم كنفوذ بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها
لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي
حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض ففي
تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا
او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى
ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا
نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض لوارثه
على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها
الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز
باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز بقدر حصته لولاية عليه
وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم خلافا لهما
لقوله تعالى لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم

بعقد

بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات وكهذا جاز التبرع من الجانبين
في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب
باطلة لقوله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية قال
وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها
فذلك باطل لان او ان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبل
كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث
سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك
ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا
منة ثم الوصية بما قل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء
ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب
لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية
حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية
اولى لانه تكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى
اولى لانه يبتغى بها وجه الله وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل واحد منهما
على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين قال والموصى
به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت
الميراث اذ كل واحد منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير
قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى
له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا
بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى تثبت فيها هذه الاحكام فتثبت جبرا
من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصى
ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا
والقياس ان يبطل الوصية لما قلنا ان الملك موقوف على القبول فصار

ملوت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البايع وجه الاستحسان ان الوصية
من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته انما توقفت
لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري
اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم يجز الوصية
لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع
وابدا يبدأ بالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فينفذ الوصية على
الحد المشروع لحاجة اليها قال ولا يصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح
اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو
الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على
غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح
وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم
مجازا او كانت وصيته في تجهيزه واعرد فنه وذلك جائز عندنا وهو يجوز
الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى
اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم اتفاق الحال اعتبره بالطلاق
والعتاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال
وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا
اذا قال اذا ادركت فثلثي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يمكنه تنجيزا
وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتها
مستتمة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا يصح
وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول
ابي حنيفة لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه
فيما استقبل فهو حر ثم عتق مملك والخلاف فيما معروف عرف في موضعه
قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت

الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه تجعله خليفة
في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا
انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانه تمليك محض ولا
ولاية لاحد عليه ليملكه شيء واما الثاني فلانه يعرض الوجود فاذا الكلام
فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا
يصح في غير الموجود كالثمرة فلان يصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية
الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا
ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه
يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده
بالعقد صح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية لانه
تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول
يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا
صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر
وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار
كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان
في ملك الغير يقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى كان رجوعا وقد
عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى
به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته
بسمن والدار يبني فيها الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها
والظهارة يظهرها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه
حصل في ملك الموصى من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم
بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصى فهو

رجوع كما اذا باع العين الموصا به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية
لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع
لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب
الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة
فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد وقال ابو
يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال
فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة
ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا اولان الرجوع اثبات
في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا
حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت
بها فلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي
بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي
ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير
الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت
به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف
ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح
لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون
وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الاخر ميتا حين اوصى
فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما يبطل ضرورة كونها
للثاني ولم يتحقق فبقي الاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات
قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية
بالموت **باب الوصية بثلث المال** قال ومن اوصى لرجل بثلث
ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث

عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا
في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما
وان اوصى لاحدهما بالثلث ولاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان
كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقسمانه
على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلثة اسهم
سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع
ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما
وقال ابو حنيفة رحمه الله الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة
للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة
لهما في الخلافية ان الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع
الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها
ولان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة
اذ لا نفاذ لها بحال فبطل اصلا والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فبطل
ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها
نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في
التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا
اوصى بعين من تركته قيمته يزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان
احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين
التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مال آخر يبطل الوصية وفي الالف
المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق
به حق الورثة قال وان اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة وان اوصى
بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن
ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره

وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا فنظر الى الحال
والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال ولو اوصى بسهم من ماله فله خمس
سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس ولا يزاد عليه وهذا عند
ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا
ان يجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في
الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد
اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو
السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي
عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال
السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام
الورثة فيعطى الاقل منها قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم
كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه
مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة
قائمون مقام الموصي فالبيان البيان ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة
فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم
قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد
لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد
بالثاني عين الاول وهو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه
او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي
من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك
بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها
وصار كما اذا كانت الشركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد

يمكن

يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفي
جمع والوصية مقدمة جمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم بخلاف
الاجناس المختلفة لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذلك تقديما قال ولو اوصى
بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من
ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب
من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا
المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى
بثلث ثلاثة من رضيعة فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا
الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على
القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع
وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى
لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين
دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير نقص فيصار
اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكل ما خرج من شيء من الدين
اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه
بالعين نقص في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين
ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فما يعدل
النظر عما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت
فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو
من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته
فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف
الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا
بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو

نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف
الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت
كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث
قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث
ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت
ويثبت حكمه بعده ويشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا
كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا ما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك
الغنم قبل موته اولم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه
ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالمعين
فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح
ان الوصية تصح لانه لو كان بلفظ المال يصح فكذا اذا كانت باسم نوعه
وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال
له شاة من مالي وليس له غنم اعطي قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال
علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ مالية توجد في مطلق المال ولو
اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى
المال وبدونها يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة
وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم
له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث
جعله جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير
من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث
وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله انه يقسم على سبعة
اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات

الاولاد

الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وضربناها في الذكورة لمحمد ان
المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القران فكان من كل
فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع
المحلى بالالف واللام المراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل
لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فيجمع الحساب خمسة
والثلاثة للثلث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان
ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى
للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين
بناء على ما بينا قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر
قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن
اثباته بين الكل بما قلنا لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة
بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن
تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد
بنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين
فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان
وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم
به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق
الا بحجة فتعذر اثباته اقرار امطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من
قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج
اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فجعلها
وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا
فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على
الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث

لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا
معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفى الافراز
فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق والبصر به
والاخر الدخصاما وعساهم يختلفون فى الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد
الافراز يصح اقرار كل واحد فيما فى يده من غير منازعة واذا عزل قال الاصحاب
الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين
فى حق المستحق وصية فى حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشئ ظهر ان فى التركة
دينا شايعا فى النصيبين فيوخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة
بثلثى ما اقروا وتنفيذ الاقرار كل فريق فى قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين
على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين
غيره قال ومن اوصى لاجنبى ولوارثه فللاجنبى نصف الوصية ويبطل وصية
الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح فى الاول وبطل
فى الثانى بخلاف ما اذا اوصى لحى وميت لان الميت ليس باهل الوصية
فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحى والوارث من اهلها ولذا تصح باجازة
الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبى وهذا بخلاف ما اذا
اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبى حيث لا يصح فى حق الاجنبى لان الوصية
انشاء تصرف والشركة يثبت حكمها فيصح فى حق من يستحقه منهما اما الاقرار
فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة فى الماضى ولا وجه الى اثباته
بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير
الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبى شيأ كان للوارث ان يشاركه
فيبطل فى ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا
يكون معينا وفى الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا
قال ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد

لرجل

لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة يجحدون ذلك فالوصية باطلة
ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذى هو حقك
قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود
فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع
وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب
الوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب
الادون لان صاحب الجيد لا حق له فى الردى بيقين لانه اما ان يكون
وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردى لا حق له فى الجيد
الباقى بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل
ان يكون الردى هو الردى الاصلى فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب
ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردى فيتعين حق
صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين اوصى
احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت فى نصيب
الموصى فهو للموصى له عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه
الله نصفه للموصى له وان وقع فى نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت
وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت
له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فنفذ
الاول وتوقف الثانى وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التى هى مبادلة
لا ينفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها
ووقع البيت فى نصيب الموصى ينفذ الوصية فى عين الموصى به وهو
نصف البيت فان وقع فى نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت
تنفيذا للوصية فى بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا
قتلت ينفذ الوصية فى بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث

لا يتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه
ولا يبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر
انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة
لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع
في نصيبه فينفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع واغا
المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار
الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر
تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه
اولان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيل المقصود ما امكن
الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك
واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير اولانه اراد التقدير على اعتبار
احد الجهتين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق
الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده منه فالمراد في جزاء الطلاق مطلق
الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار
مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على
عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب
الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت
وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة منها سهما فتصير عشرة وعندهما
يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين
فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان
الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه للمجر والفرق له ان
الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم
الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات

لا يصح

لا يصح وصيته ولا ينفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه
فاجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه فهو جائز وله ان
يمنع لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه
ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث
واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفذ والامتناع
بحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى قال واذا اقتسم
الابنان تركة الاب الغائم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله
فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف
ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته
اياه والتسوية في اعطاء النصف يبقى له النصف وجه الاستحسان انه
اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده
بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون
مقرا بتقديمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا
يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في
يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير
نصف التركة فيزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت
بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان
اللام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا باللام فاذا
ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي
بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث
ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قولهما وقال ابو حنيفة
يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء يأخذه من الولد وفي الجامع الصغير
عين صورة وقال رجل له سمانية دراهم وامة تساوي ثمانية فاوصى

بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة
فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد لهما ماذكرنا
ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال
كما في البيع والعتق فينفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله
ان الام اصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما
جميعا ينتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع
لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يجعله تاما صحيحا
فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل
به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان
كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو
للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل في اعتبار
حالة الوصية** قال واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب
لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطل الوصية والهبة لان الاقرار
ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل
بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر
عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك
ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف
الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عنه عند الموت الا ترى انها تبطل
بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض
لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته
بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما
ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب
الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار

بخلاف

١٥ ك من الجزء من الهداية

بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت
الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح
الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا
فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه دين يصح لانه
اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لان اقراره له وهو
ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة
فيروى انها تصح لانه تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي
في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل
والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه
بتقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار
صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند
ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب
فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت
باب العتق في المرض قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى
او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب
الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار
من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب
بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق
الورثة وكذلك ما ابتداء المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة
في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو
من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون
حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان كان
صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض

صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال
فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابى حنيفة
وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل
فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يقر
بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع
في المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح والمحاباة في
البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في
سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق
الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره
يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى واذا قدم ذلك
فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا
ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه
الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقديم
في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن العقد المعاوضة
فكان تبرعا معناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا
وجد المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وهو لا يحتمل
الدفع كان من ضرورة المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم
اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما صار
للمحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق متقدم عليها
فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول
والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما
العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك
منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابى حنيفة وان كانت وصية بحجة

يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء وبقي شيء من
الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب
تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد
يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى به وذلك
لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانه قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق
لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه
وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق
الله عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده
حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا
اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه
في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض
الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها
تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه ولهذا لا سعاية
عليه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت
الوصية لان الدفع قد صح ملا ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكذا
في حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول
بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه
بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه
وجازت الوصية لان العبد ظهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فينفذ
الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاخر الموصى له والوارث
ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث
اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل
من الثلث شيء او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له

يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لان العتق فى الصحة
ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه
العتق فى المرض وهو وصية والعتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث
المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث
والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر
شاهد الوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل
من الثلث شئ على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او يقوم له البينة ان
العتق فى الصحة لان الثابت بالبينة معاينة وهو خصم فى اقامتها
لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقنى ابوك فى الصحة
وقال رجل لى على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى فى
قيمته عند ابى حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ لان الدين والعتق فى
الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصار كانهما كانا معا
والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله
ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق فى
المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فمقتضيه ان يبطل العتق
اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب
السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة
الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق فى
حالة المرض مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل
وترك الف درهم فقال رجل لى على الميت الف درهم دين وقال الآخر
كان لى عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض
منها قدمها الموصى او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة

اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم فان تساوت فى القوة
بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم
وذكر الطحاوى انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احد الروايتين
عن ابى يوسف وفى رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما
وان استويا فى الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى ووجه
الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال فقصر اعليه فكان
الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها فى القوة اذ
قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات فى الكفارات والكفارة فى القتل
والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن
دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق
على وجوبها والاختلاف فى الاضحية وعلى القياس يقدم بعض الواجبات
على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا وصار
كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله
تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذى ذكرناه
ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود
بجميعها رضى الله فكل واحد فى نفسها مقصود فيتفرد كما يتفرد
وصايا الادميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده
يحج راكبا لان الواجب لله الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه
من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه
ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذى وجب عليه قال فان لم
يبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفى القياس لا يحج
عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان
الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه

ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها اصلا ورأسا وقد فرقنا بين هذا وبين
الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق
واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحج
عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره
في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة
بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كما من اهله
بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف
الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة
الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من
المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه
لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه
الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله عليه
السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء
ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد
من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجوار الى
اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن
والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل
فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية
لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم
محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل
من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي

عليه

عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد وكذا يدخل فيه كل
ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه
لان الكل اصهارا ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق
رجعي فالصهرية يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن
لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت
قال ولو اوصى لاخواته فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم منه وكذا لمحارم
الازواج لان الكل يسمى اختا فيدخل هذا في عرفهم وفي عرضا لا يتناول
الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ
يتناول الكل قال ومن اوصى لاقربائه فهي للاقرب فالاقرب من كل
ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد وتكون للاثنين فصاعدا
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الوصية لكل من ينسب الى اقصى
اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام ولم
يسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد
ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من
القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله
ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد
بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية
تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم
المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى
والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان
من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد بنفسه لا بغيره ولا عبرة
بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده تقيد بما ذكرناه
وعندهما بقصي الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى قال

ومن اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عند ابى حنيفة
اعتبارا للاقرب كما فى الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران
الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين
لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية كما فى الميراث بخلاف
ما اذا اوصى لذوى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز
الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا
ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء
قرابتهما وهى اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان
القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوى قرابته ولا قرابة له اولا قرابة
فى جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها
مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهى على زوجته عند
ابى حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم ويضمهم نفقته اعتبارا للعرف
وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتونى باهلكم اجمعين وله ان اسم
الاهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه
قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان
فهو لاهل بيته لان الآل قبيلته التى ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت
فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه
او جنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الاباء
وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه
بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام
بنى فلان او لعيالهم او لزمناهم او لارملهم ان كانوا قوما يحصون دخل
فى الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك
فى حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية فى الفقراء منهم

لان

لان المقصود من الوصية القربة وهى فى سد الخلة ورد الجوعة وهذه
الاسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى
لشبان بنى فلان وهم لا يحصون اولايامى بنى فلان وهم لا يحصون
حيث يبطل الوصية لانه ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن
صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر
الصرف اليهم وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم
اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان فى الوصايا على ما مر ولو اوصى لبنى فلان يدخل
فيهم الاناث فى قول ابى حنيفة اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول
الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور والتظاهر
للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة
او محلة حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد
الانتساب لبنى ادم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاهم
قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء لان
اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه ما نص على لفظ الورثة اذن ذلك
بان قصده التفضيل كما فى الميراث ومن اوصى لمواليه ولهم موالى اعتقهم
وموالى اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعى فى بعض كتبه ان الوصية
لهم جميعا وذكر فى موضع احر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم
لان كلا منهم يسمى مولا حضارا كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان
احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ
واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث
يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تناقى فيه ولو اوصى
لمواليه فالوصية جائزة ويدخل فى هذه الوصية من اعتقه فى الصحة

والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت
بعد الموت والوصية تضاف الى حال الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله
وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل
فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل
الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موالي واولاد الموالي وموالي موالاة
يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف
انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء
ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام
والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي
لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف موالي موالاته واولادهم لانهم ينسبون
اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد
الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة
ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي
للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي قد اعتقهم
ابنه لانهم ليسوا بموالي له لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة
بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء **باب الوصية**
بالسكنى والخدمة والثمرة قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره
سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان المنافع تصح تمليكها في حالة
الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون
محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي
الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا
ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه
خلافة فيما تملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى

وكذا الوصية

وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى
يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه
لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره
خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقهم في الثلث وحقه في الثلثين
كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا
الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا يخرج من
الثلث حيث يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء
وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا
ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم
الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم
من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه
الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت
مال آخر ويخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا
خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان كان
مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من
ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حال
حيوة الموصى بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه
من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه
قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح
انه لا يجوز لان الغلة دراهم وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء
المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم
ادآؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع

بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد
والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها
من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها
اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف
الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك
بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها
تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير
لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير
لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع
فلهذا انقطع اما هو في وصفه فغير لازم ولان المنفعة ليست بمال على
اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة
في عقد المعاوضة فانها تثبت هذه الولاية لمن تملكها ببعالملك الرقبة
او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما
اذا ملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه
معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان
يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرج الى اهله للخدمة هنالك
اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود
الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون
ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غير مصره فمقصوده ان يحمل
العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا
لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه
عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له
مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة

بالاجزاء

بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بعينه وبين الورثة ليكون هو
الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول
الموصى له شريك الوارث والشريك ذلك فكذا الموصى له الا انا نقول
المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو
الطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة
بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولاخر برقبته وهو يخرج من الثلث
فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب
لكل واحد منهما شيأ معلوما عطفا منه لاحدهما على الاخر فيعتبر
هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لو صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم
يوص في الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى
له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية احدث الميراث من
حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولهذا نظائر وهو ما اذا اوصى
بامة لرجل وما في بطنها الآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم
ولاخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان
كما اوصى ولا شئ لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها
اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب على ابي يوسف
وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذا في اخواتها
لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام
الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان
كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيأ في حال حيوة الموصي فكان
البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد
ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في
بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت

الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان
وكل واحد منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين
ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما اوصى بالخاتم
للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما
يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب
الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا
لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب
الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه
ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا
فله هذه الثمرة وثمرة فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه
فله الغلة القائمة وغلة فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد
لانه لا يتناول الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيأ
اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى
عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه ودارة فاذا
اطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا
اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زايد
قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات
فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها
من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب
عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم
والفرق ان العباس يأتي بملك معدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في
الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة

والاجارة

والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان
بابها اوسع اما الولد المعدوم وأختاه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا
ولا يستحق بعقد ما فكذا لا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها
لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

قال واذا اصبح يهودي او نصراني بيعة او كنيسة
في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة
والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا واما عندهما فلان هذه
معصية فلا يصح قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث
معناه اذا اوصى بان يبني داره بيعة او كنيسة فهو جايز من الثلث
لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن
تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم عرسمين
جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية
حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في
تنفيذها من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان
نتركهم وما يعتقدون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو
قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم
فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين معتقدهم لا يجوز الوصية بين بناء
البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال
ملك الباني انما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد
المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فبقي ملكا للباني فيورث
عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لتعلق حق العباد
به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحريره بخلاف الوصية
لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو

قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم
الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم
ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان يذبح
خنازير ويطعم المشركون وهذا على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين
كما ذكرنا والوجه ما بينا ومنها ما اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون
قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين او بان
يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا
لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون
والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا
اوصى بان يسرج في بيت المقدس او بغزو الترك وهو من الروم وهذا
جائز سواء كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة
حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا
ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنايحات فان هذا غير جائز
لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فتصح
تمليكا واستحلفا وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية
بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة
المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه
وفي المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه
يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله
جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ
باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا
ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو
كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك

من حق

من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار
الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى
لمسلم او ذمي بوصية جاز لانه مادام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في
حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه
من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام
على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته
لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى
المعاملات ولو اوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة
واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين
الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى لرجل
فقبل الوصي في وجه الموصي ورد ها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى
لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار
مغرورا من جهته فيرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع
ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر
على التصرف بنفسه قال فان رد ها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصى
ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان يتبرع غيره فان لم
يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل
لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيأ من تركته
فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ
البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية اولم يعلم بخلاف ما اذا لم
يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال
انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف

على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب
فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم
وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال
لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل
لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر
الوصي في ابقاء مجبورا بالثواب ودفع الاولى وهو اعلى اولى الا ان القاضي
اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع
الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر
عنه وينصب حافظا للمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين
فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه
لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد
او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وبهذا اللفظ
يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان
الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل
وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره
معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولاية على المسلم ووجه
الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية
الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف
ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية
الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة
فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل
ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله
بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح الوصية لان الكبار

يمنعه

يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا
يفيد فائدة وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة
ولا يجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع ابي
حنيفة رحمهما الله وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة
لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا
قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا يتجزى وفي اعتبار
هذه تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه
مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه
ولاية فان الصغار وان كانوا املاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة
وايصاء المولى اليه يوذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية
قد يتجزى على ما هو المروى عن ابي حنيفة رحمه الله او نقول يصار اليه
كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال
ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي
والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته وبعض
كفاية فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف
ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند
القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا
على التصرف آمنا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان
دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت
مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم
الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد
الولاية من الميت غيرانه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما رضيه وصيا لامانته
وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي

337

منابه كانه لاوصى له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان
يتصرف عند ابى حنيفة ومحمد دون صاحبه الا فى اشياء معدودة
نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف يتفرد كل واحد منهما بالتصرف
فى جميع الاشياء لان الوصاية سببها الولاية وهى وصف شرعى لايتجزى
فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية
خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذى كان
ثابتا للموصى وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب ايا هما يوذن
باختصاص كل واحد بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما
ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو
وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد ومارضى الموصى الا بالمثنى وليس
الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين فى الانكاح لان السبب هناك القرابة
وقد قامت لكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى
حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف
للوصى ولهذا بقى مخيرا فى التصرف فى الاول او فى حقا على صاحبه فصح وفى
الثانى استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذى عليهما ولهما بخلاف
الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لامن باب الولاية ومواضع الضرورة
مستثناة ابدا وهى ما استثناه فى الكتاب واخواتها فقال الا فى شراء الكفن
وتجهيزه لان فى التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام
الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد
المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها
ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر
بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع فى يده فكان من باب الاعانة ولانه
لايحتاج فيه الى الراى وتنفيذ وصيته بعينها وعتق عبد بعينه لانه لايحتاج

فيه الى الراى والخصومة فى حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر
ولهذا يتفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان فى التاخير خوف الفوات
ولانه تملكه الام والذى فى حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع مايخشى
عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لايخفى وجمع الاموال الضائعة
لان فى التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع فى يده فلم يكن من
باب الولاية قال وفى الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع
اويتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه فى عرفهم
وهذا لانه رضى بامانتهما جميعا فى القبض ولانه فى معنى المبادلة لاسيما
عند اختلاف الجنس على ماعرف فكان من باب الولاية ولو اوصى
الى كل واحد على الانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة
الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضى
برای الواحد وقيل الخلاف فى الفصلين واحد لان وجوب الوصية
عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتفاوت فان مات احدهما
جعل القاضى مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد
بالتصرف فيضم اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابى يوسف
الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد ان يخلفه متصرفا
فى حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو
ان الميت منهما اوصى الى الحى فللحى ان يتصرف وحده فى ظاهر الرواية
بمنزلة ماذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى
آخر لان راى الميت باق حكما برای من يخلفه وعن ابى حنيفة رحمه الله
انه لا يتفرد بالتصرف لان الموصى مارضى بتصرفه وحده بخلاف ما اذا
اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برای المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات
الوصى واوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركة الميت الاول عندنا

وقال الشافعي لايكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل
في حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضي برايه لا برای غيره ولنا ان الوصي
يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الاتری ان
الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في
النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان
الايصاء اقامة غيره مقامه فيماله ولاية وعند الموت كانت له ولاية
في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه
انه يعتبر به المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا
بايصاية الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده
بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصي
له عن الورثة جايزة ومقاسمة الورثة عن الموصي له باطلة لان الوارث
خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به وتصير معرورا بشري المورث
والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا
فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الموصي ليس له ان
يشارك الموصي له اما الموصي له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه
لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لايرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير
معرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك
ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير
ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار
كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان
الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة
ويبقى ما بقي على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له
فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان اوصى الميت

لحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك
ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف ان كان
مستغرقا للثلث لم يرجع بشئ والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد
لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا
ليحج عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه
الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها
ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة
لا ترد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا
هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة
اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها
قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى
له غايب فقسمته جايزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل
القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق
الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغايب وقبضه فينفذ ذلك
وصح حتى لو حضر الغايب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة
قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جايز
لان الوصي قام مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر
من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه
وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية
لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق
الاستسعاء اما هاهنا بخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده
ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده
واستحق العبد ضمن لانه هو العاقد فيكون العهدة عليه وهذه عهدة

لان المشتري منه ما رضي ببدل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ
الوصي البايع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك
الميت لانه عامل له فيرجع عليه كما لو كيل وكان ابو حنيفة يقول لا يرجع
لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد
انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية
الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين على الميت
يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة
عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة
حذرا عن لزوم الغرامة فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول
ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضا فان كانت
التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت
دين آخر قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد
فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل
له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه
قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون
املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال
اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن
الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن
التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون
والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم
يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم
النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف
بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب

كتاب

كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على
حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته
في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشتري
من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس
بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير الغايب جايز
في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه
وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب
على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ
الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار محفوظ بنفسه قال ولا يتجر
في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقالا وصي الاخ في الصغير
والكبير الغايب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغايب وكذا وصي العم ووصي
العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء فان وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون
ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير
من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال
عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء ينتقل
ولاية الاب اليه فكانت ولايته قايمة معنى فيتقدم عليه كالاب
نفسه وهذا لان اختياره الموصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه
انظر لبنيه من تصرف ابيه قال فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب
لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي
غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بينا

فصل في الشهادة

واذا اشهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة
لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود
له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه

الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليهما برضاه
بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية
فتثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان
الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب
حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشئ من مال
الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما
في المشهود به قال فان شهد الوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان
في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شهدا
لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة
اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه تثبت لهما ولاية
الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف
شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه
مقام نفسه في تركته لا في غيرها واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت
بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما
فان كانت شهادة كل فريق للاخرين بوصية الف درهم لم يجز وهذا قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يقبل في الدين ايضا وابو حنيفة
فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع
اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للاخر حق المشاركة وجه الرد ان
الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى
احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق
الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها
لا في المال فلا يتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته

وشهد

وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة
بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين
بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فهي
باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد
وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة
في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى فصل في بيانه

واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام
وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم
سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه
مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو
الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق
لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق
سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة
قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول
الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليست تدل على القوة لانه قد تكون
لاتساع في احدهما وضيق في الاخر وان كان يخرج منهما على السواء
فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية
او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي
مستوى لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة
او نزل له لبن في ثديه او حاضت او حبلت او امكن الوصول اليه من
الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه
العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

قال الاصل في حكم الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط

والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته
قال اذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال
انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل
فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته
لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي
عن يمينه وعن يساره والذي خلفه لجذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال
انه امرأة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة
ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو
جائز في الجملة وان كانت امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء
واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة
وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزأه ويتباع له امة تختنه ان كان له
مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل
لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا
وان لم يكن له مال ابتاع الامام امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين
فاذا اختتنه باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له
في حيوته لبس الحلي والحرير وان يكشف قدام الرجال او قدام النساء وان
يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا
عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه
لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال
محمد يلبس لباس المرأة لان تركه لبس المخيط وهو امرأة افحش من
لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق
ان كان اول ولد تلده ناقته غلاما فولدت خنثى لم يقع شئ حتى يستبين امر الخنثى
لان الحنث بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك

لا يثبت ص

خنثى

حتى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال بالقولين جميعا
عتق المتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا
رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف
مقتضى الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله
من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل
الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوفى احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد
لتعذر الغسل ولا يحفر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال
انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا
وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة
وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيقوم حذو
عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن
مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة
ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال
انه رجل وان جعل على السرير بعض المرأة فهو احب الي لاحتمال
انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو احب الي يعني ان يكفن
في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زاد
على الثلاث ولا بأس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما
عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث
الا ان يتبين غير ذلك وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
انثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثنى
عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة
للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند عدم الخنثى والخنثى
يستحق ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيقتهما هذا

يضرب بثلاثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة وللجد ان الخنثى
لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما
اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة فني حال المال
بينهما نصفان لكل واحد ثلثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن
اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزايد
فينتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر وضعف ليزول الكسر
فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة
ان الحاجة هنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى
متيقن به وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن فصرا عليه لان المال
لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب
آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا
حينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان
الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امرأة واخوين لام واختا
لاب وام هي خنثى فعدنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي
للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه
اقل النصيبين فيهما مسئلة قال واذا اقرّ على الاخرس كتاب
وصية فقيل له اتشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم
او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جايز ولا يجوز ذلك
في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو
العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوخنثى والمتوحش
من الاهلي في حق الذكوة والفرق لاصحابنا ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت
معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد
ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان

التفريط

التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس
فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي ولا يتقاعد
وفي الآبدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي
ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراءه ويقتص منه وله
ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها من نائي بمنزلة الخطاب ممن دنا
الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة
وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغايب العجز وهو في الاخرس
اظهر والزم ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق
في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار
واوراق الاشجار ويتوى فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية
وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا
يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام
للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا يختص بلفظ دون
لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة
الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرى بالشبهات ولعله كان مصدقا
للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام
القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت
ببيان فيه شبهة الا ترى انهم لو شهدوا بالوطئ الحرام او اقر بالوطئ الحرام
لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص
وان لم يوجد التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا
فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود
الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع
الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس

بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون
فيها روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى
نطق الغايب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر
الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة
معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه
لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة
لانه جمع هنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما
حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة وفي الاشارة
زيادة امر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من اثار الاقلام
فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بينا في المعتقل
لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال واذا
كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل
وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل وهذا اذا كانت الحالة
حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة
تحل في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق
يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل
في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا
يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة
تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو
عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب
وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره
دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت
الميتة اغلب لانه لا ضرورة والله اعلم بالصواب وكان الفراغ من كتابة هذا
الجزء المبارك نهار الاثنين رحله من شهر شعبان المعظم سنة ١٢٧٧
على يد الفقير عبد الرحمن بن صالح اغا الشاهبندر
وقد تمت هذه النسخة المباركة
على التمام والكمال
والحمد لله رب
العالمين

30
31

Library Digitised Collections

Author/s:
Marghnn, Al ibn Ab Bakr,d. 1196 or 7.

Title:
al-Hidyah

Date:
1277? [1860?]

Persistent Link:
http://hdl.handle.net/11343/23239

File Description:
Part 4

نصب ناظر الحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللاخران يردوه لانه اثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين الميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال وفي رهن الوصي تفصيل نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى **فصل** قال ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض بقي العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بينا ومن ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شئ لان الاتباع لاحظ لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة

النماء

النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذ ابقي الى وقته والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل سقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادة ولو رهن شاة بعشرة قيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب فشرب فلا ضمان عليه في شئ من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشروط والحظر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر ولا يسقط شئ من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصة من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن الراهن في اكله وكذا جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بهما وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخران الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير

مانع صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقوبه بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخ والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن ويسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الف والدين الف يقسم الدين اثلاثا ثلثا الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا لقيمتها في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم مافي الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه بالقبض لا يدخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده مالم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة

على مابيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عنده امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابراء المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المراة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه ومن عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط القيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى المديون عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطاء وما اجري مجرى الخطاء والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال

فالعمد ما تعمد فيه ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب
وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف
عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك
وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاه جهنم خالدا
الاية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقاد الاجماع قال والقود
لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه يقيد بوصف العمدية
لقوله عليه السلام العمد قود اى موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة
الزجر عليها تتوفر والعقوبة متناهية لا شرع لها دون ذلك الا ان
يعفو الاولياء ويصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولى
اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولى الشافعي رحمه الله الا انه لحق الورثة
الى المال من غير رضاة القاتل لانه يتعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه
وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع
جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة
ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للقاتل وفيه مصلحة
الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم
على الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا
للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد
امس منها اليه في الخطاء فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة
معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع
لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه
السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما
ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح وقال وهو قول الشافعي اذا ضربه
بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا

لانه

لانه يتقاصر به معنى العمدية لاستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا الا انه
يقصد به غيره كالتأديب وغيره فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال الة
لا يلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود ولقوله
عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من
الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها
على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى
الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب
ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه
بالخطاء والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجب بالقتل ابتداء
لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في ثلاث سنين
لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء
الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط
القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه
العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد
وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم
وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك
الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله وهي على العاقلة في ثلاث سنين لما بينا ولا اثم فيه يعني في الوجهين
قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك
العزيمة والمبالغة في التثبت في حالة الرمي لان شرع الكفارة يؤذن باعتبار
هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فصح تعليق الحرمان به بخلاف
ما اذا تعمد للضرب موضعا من جسده فاخطاء واصاب موضعا آخر
فمات يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع

229

البدن كالمحل الواحد قال وما اجرى مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه ادمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجب الدية وكفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة والحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذا كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه ويكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة **باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه** قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التابيد لينتفي شبهة الاباحة ويتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى النقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يوذن بانتفاء شبهة الاباحة لانهما يستويان والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله صلى الله تعالى عليه وسلم لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روى ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة

نظرا

نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولاذ وعهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحياته فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحق المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم شبهة المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا يجز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجز فيجب الحذر كما في كسر العظام واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند

ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد رحمهم الله لا ارى فيه قصاصا لانه اشتبه
سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار
كمن قال لغيره لعبتى هذه الجارية تكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل
له وطئها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى يتعين
على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضى الى المنازعة
ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين
يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان
اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث
ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى موته على نعت
الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله
ورثة احرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا لانه مات عبدا بالاجماع
لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق
فى البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع
الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق
المرتهن فى الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل
ولى المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس بشرع لاحر راجع اليها
وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر فى حق المعتوه وليس
له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا ما ذكرنا
والوصى بمنزلة الاب فى جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه
وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء
القصاص فى الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفى كتاب الصلح ان الوصى
لا يملك الصلح لانه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء
ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد

الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفى وهو مختص بالاب ولا يملك
العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا والقياس ان لا
يملك الوصى الاستيفاء فى الطرف كما لا يملكه فى النفس لان المقصود متحد وهو
التشفى وفى الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
فانها خلقت وقاية للنفس كالاموال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة
التصرف فى المال والصبى بمنزلة المعتوه فى هذا والقاضى بمنزلة الاب فى الصحيح
الاترى ان من قتل ولا ولى له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته فيه قال
ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابى حنيفة
وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم
ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى وفى استيفائهم الكل ابطال حق
الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غايب
او كان بين المولين وله حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة
واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما فى
ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغايب ثابت
ومسئلة المولين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بحر فقتله فان اصابه
بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضى الله عنه وهذا اذا
اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما
يجب وهو رواية عن ابى حنيفة اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه انما يجب
اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات
الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة
وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون
قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابى حنيفة رحمه الله على ما نبين وقيل هو بمنزلة
السوط وفيه خلاف الشافعى وهى مسئلة الموالات له ان الموالات فى

الضربات الى ان مات دليل العمدية فتحقق الموجب ولنا مارويناه الاان قتيل خطاء العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالات قد تستعمل للتأديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة وقالا يقص منه وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله صلى الله تعالى عليه وسلم من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولابي حنيفة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطاء ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص يبنى عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فاذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطاء على ما بينا والخطاء بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليماني ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بالدية قالوا انما يجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا يجب

لسقوط

لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال صلى الله تعالى عليه وسلم من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك ففي الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يؤثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية **فصل** قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في اصل الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب

935

الضمان فى الدابة ولا يجب فى الصبى والمجنون للشافعى انه قتل دافعا
عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على عاقلته بفعله
فاشبه المكره ولابى يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق
لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر فى الجملة حتى لو حققناه يجب
عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلها
مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا ان قتل شخصا معصوما او اتلف
مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان
كان عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق
الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما يجب القصاص
لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا
فى المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف
لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل
عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شئ عليه لقوله عليه
السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا
فى الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل باب
القصاص فيما دون النفس قال رضى الله عنه ومن قطع يد غيره عمدا
من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من يد الآخر لقوله تعالى والجروح
قصاص وهو ينبئ عن المماثلة وكل ما امكن رعايتها فيه يجب وفيه القصاص
وما لا فلا وقد امكن فى القطع من المفصل فاعتبرنا المعتبر بكبر اليد وصغرها
لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن
لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فطمسها لا قصاص عليه
لامتناع المماثلة فى القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءها ففيه القصاص
لامكان المماثلة على ما قال فى الكتاب يجلى للمرأة ويجعل على وجهها قطن

رطب ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من
الصحابة رضى الله عنهم قال وفى السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن
وان كان ما يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت
بالصغر والكبر قال وفى كل شجة يمكن فيها المماثلة القصاص لما ذكرنا قال
ولا قصاص فى عظم الا فى السن وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود
رضى الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص فى العظم والمراد غير السن
ولان اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف
السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثانى فيتماثلان قال وليس
فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة
والقتل هو الذى يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف
اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل
والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للثانى
فى جميع ذلك الا فى الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها
تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل
بالتفاوت بالقيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف
التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف النفس
لان المتعلق ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص فى الاطراف
بين المسلمين والكفار للتساوى بينهما فى الارش قال ومن قطع يد رجل من
نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار
المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه اى فى القصاص فى الثانى
وهو الجائفة اه وكذا البرء نادر فيفضى الثانى الى الهلاك ظاهرا قال واذا
كان يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع
بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شئ له غيرها وان شاء اخذ الارش

كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل
الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفى ها
ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطة
المؤوفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت يده ظلما فلا شئ له عندنا لان
حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته
بخلاف ما اذا قطعت يد القاتل حيث يجب عليه
الارش لانه اوفى حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا
فاستوعبت الشجة ما بين قرني وهي لا يستوعب ما بين قرني الشاج
فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين
شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين
بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه
من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينقص فيخير كما في الشلاء
والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير
حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه
ولا يبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص
في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه
يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة
الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض
الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف
الاذن اذا قطع كلها او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف
فيمكن اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص
لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها
فصل واذا اصلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب

227

المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شئ الآية على ما قيل
نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد الاخذ
بالرضاء على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه
الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لشمالة على احسان الاولياء واحياء
القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر
فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا
فهو حال لانه مال واجب بالعقد فالاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن
بخلاف الدية لانه ما وجب بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر
الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على
الحر ومولى العبد نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد
الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من
القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق
جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين
لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت
ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها
اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما
عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة
والزوجية بقي حكما بعد الموت في حق الارث او يثبت الموت مستندا
الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل واحد منهم يتمكن من الاستيفاء
والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورته سقوط حق البعض في القصاص
سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل الرجلين وعفا
احد الوليين لان الواجب قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل
والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا اسقط القصاص ينقلب

نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس للعاقلة شئ من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر رحمه الله عليه يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين عفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطاء ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعا لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شئ لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته لان الموجود من الواحد قتلات والذي يحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للانزهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب عنده احدهما قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي يقطع يداهما والمفرض اذا

اخذا

اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزي فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يمين رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالفرعين في التركة والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي للايظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل خلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا خر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وترد حق الغائب واذا استوفى فلم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الاخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يتأتى حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول

والدية للثانى على عاقلته لان الاول عمد والثانى احد نوعى الخطاء كانه رمى
الى صيد فاصاب آدميا والفعل متعدد الاثر فصل قال ومن قطع يد رجل
خطاء ثم قتله عمدا قبل ان يبراء يده او قطع عمدا ثم قتله خطاء فبرأت يده ثم
قتله خطاء او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا
والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان
القتل فى الاعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض
الجرح الا ان يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع فى هذه
الفصول فى الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفى الاخرين لتخلل البرء
وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطائين يجمع
بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم
قتله عمدا قبل ان يبراء يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان
شاء قال اقتلوه وهذا عند ابى حنيفة وقال يقتل ولا يقطع يده لان
الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فجمع بينهما وله ان الجمع متعذر
اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد
المساواة فى الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر
ولان الخر يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين تجب
القود على المحز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل
واحد وبخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب الدية وهى بدل النفس
من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر
اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط
فبراء من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه ما برأ منها
لانتفاء معتبرة فى حق الارش وان بقيت فى حق التعزير وبقى الاعتبار
للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابى حنيفة

وعن ابى

وعن ابى يوسف فى مثله حكم عدل وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب وان
ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقى لها اثر يجب حكومة العدل لبقاء
الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر فى النفس قال ومن قطع يد رجل
فعفا المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية فى ماله
وان عفا عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية ثم مات من ذلك
فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطاء فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابى حنيفة وقال اذا عفى عن القطع
فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفى عن الشجة ثم
سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه
القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه
ايهما كان ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو
عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول
الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق
وهو قتل نفس معصوم والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع
وهو غير القتل وبالسراية يتبين ان الواقع قتل وحقه فيه ولهذا وجب
ضمانه وكان ينبغى ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب
للعمد الا ان فى الاستحسان يجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهى
دراية للقود ولانسلم ان السارى نوع من القطع وان السراية صفة
لفعل السارى فتل من الابتداء وكذلك لا موجب له من حيث كونه
قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس
وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح فى العفو عن السراية
والقتل ولو كان القطع خطاء فقد اجرى مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا
وخلافا اذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطاء فهو من الثلث

وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق
به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ
فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت
المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية
ان كان خطأ وان كان عمدا فهي مالها وهذا عند ابي حنيفة لان العفو
عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا
على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص
في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط
فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن
العفو على ما بينا ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه
الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب
الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا
وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة اذا كانا على السواء
فان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر يرده الورثة
عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى
الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا
تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على
العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها
او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج
على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار
كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص
مهرا وقد رضي بسقوط حقه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط
القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ

يرفع

يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك الميت وصية لان هذا
تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه
مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة
على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية وترفع عن العاقلة لانهم يتحملون
عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم
لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث
تسقط وان لم تخرج من الثلث يسقط ثلثه وقالا كذلك الجواب
فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث عنه عندهما
فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد
ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد
وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود
لمن له القود اذا استوفى من طرف من عليه وعن ابي يوسف انه يسقط
حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراء عما وراءه ونحن
نقول انما اقدم على القطع ظانا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين
انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه
عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص اولم يقض فعلى
قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه استوفى
حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا
لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا اسرى وما برأ او ما عفى وما سرى ولم يبرأ
بعد او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص
في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير
حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب
القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلف تبعا واذا سقط

وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية
فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر
الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل
ذلك لا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم
يعف وماسرى قلنا انما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما
عفا وبراء الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو
استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت
تابعة فيما فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس
من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى
النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لانه
استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه
من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار
كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان
حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح
افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف
فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد
بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو
مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد **باب**
الشهادة في القتل قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر
البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد
وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على الآخر
لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الورثة كالدين وهذا لانه عوض

نفسه

255

نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا وان قلب
مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد
الورثة خصما على الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة
الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف
الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعقل
بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب
احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام
القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه
ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا
باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك
عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الخلاف لما
بينا قال فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على آخر انه قد عفا
فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو
انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا
صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا
انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه
وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما المشهود
عليه ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل دعوى
انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه
مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق
المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود
عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك ولكنه
يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه

شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به
القاتل للمشهود عليه فقد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه
الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط
بدعواهما العفو على الغائب وانقلب نصيبه مالا والغائب لما صدق
الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما
بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر لرجل بالف درهم
فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان
كذا هذا قال واذا شهدوا انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك
القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان
الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى
مات وتأويله انه اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال واذا اختلف شاهد
القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل
لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان
آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد ويختلف
احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا
وقال الآخر لا ادري باي شئ قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال
وان شهدا انه قتله وقال لا ندري باي شئ قتله ففيه الدية استحسانا
والقياس ان لا يقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة
فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس
بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم
بالمشهود عليه واؤكدهم في نفي العلم الظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح
ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية

في ماله

في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا تلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان
كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان
شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه
جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تتناول كل واحد منهما
وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر
له والمشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره
في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته
اصلا لان التكذيب تفسيق الشاهد وانه يمنع القبول اما فسق المقر
لا يمنع صحة الاقرار **باب في اعتبار حالة القتل** قال ومن رمى مسلما فارتد
المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا شئ عليه لانه بالارتداد اسقط بقوم نفسه فيكون مبريا
الرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب
بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه متقوم فيها
متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي
وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا
فالقود يسقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم
ثم وقع به السهم فلا شئ عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم
لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا
لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع
السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد فضل ما بين قيمته مرميا
الى غير مرمى وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة له ان العتق قاطع للسراية واذا
انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة
الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي

239

لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا يتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى فرفروان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققنا قال ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شئ على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو النكوة فيعتبر الاهلية وانسلاخها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شئ عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الاية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم يعرف حيوته ولا سلامته وهو الكفارة في الخطاء على ما تلوناه ودية عندابي حنيفة مائة من الابل اربعا خمسا وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون

حقة

حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى به في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا قال وفي قتل الخطاء تجب الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا نحن والشافعي به لرواية ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطئ معذور غير ان عند الشافعي تقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رحمه الله وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما

يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لايقدر
بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر
في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لايجوز
وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما
قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد روي هذا اللفظ موقوفا
على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي ماروينا
الثلث لاينتصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه
ماروبناه لعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد
ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا
بها وبالثلث ومافوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي دية
اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مأية درهم وقال
مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم
عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر للشافعي ماروى ان النبي
عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي
ثمان مأية درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار
وكذا قضى ابوبكر وعمر رضي الله عنهما وماروا الشافعي لم يعرف رواته ولم
يذكر في كتب الحديث وماروبناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة
رضي الله عنهم **فصل فيما دون النفس** قال في النفس الدية وقد ذكرناه
قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ماروى
سعيد ابن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية
وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه
رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنهما والاصل في الاطراف
انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمال مقصودا في الادمي على

الكمال

الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل
وجه تعظيما للادمي اصله قضاء رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بالدية
كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف
الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن والاثنة
لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لايزاد على دية واحدة لانه عضو
كامل وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في
قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة وان كانت الالة قائمة
ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على
عدد حروف تتعلق باللسان فنقدر ما لايقدر يجب وقيل ان قدر
على اداء اكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان
عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لايحصل منفعة الكلام
وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطئ والايلاد واستمساك البول والرمي
به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة
الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع
له قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك
اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه
او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه
قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر
قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال وقال
وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رحمهما الله
يجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا يحلق شعر الراس
كله واللحية بعضها في بعض البلاد فصار كشعر الصدر والساق ولهذا
يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقه

تفويته على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصين وكذا شعر الراس جمال
الترى ان من عدمه يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه
لا يتعلق به جمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة انه يجب كمال القيمة والتخريج
على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر
قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها
ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده
يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك فكان على الذقن والخد جميعا لكنه غير
متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال
الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا افسد المنبت فان
نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب
على ارتكابه مالا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة انه لا يجب شيء في
الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما
يجب حكومة عدل لانه في غيرا وانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطاء
على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك
والشافعي يجب حكومة عدل وقدم الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين
الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي
الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روى في حديث سعيد ابن المسيب
عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية
وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية
وفي احديهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء
تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما
تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثدي المرأة الدية لما فيه
من تفويت جنس المنفعة وفي احديهما نصف دية المرأة لما بينا

بخلاف ثدي

بخلاف ثدي الرجال حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت
المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع
واماك اللبن وفي احديهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية
وفي احدهما ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر
محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت
به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن
العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كمال الدية وهي
اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل
ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها
ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كما لو قرن مع القصبة قال
وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام
في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه
دية كاملة وهي عشرة فينقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء اطلاق
الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا يعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال
فيجب الدية وكذا اصابع الرجلين لانه تفوت بقطع كلها منفعة المشي
فيجب الدية كاملة ثم فيهما عشرة اصابع فينقسم الدية عليها اعشارا
قال وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيه
مفصلان ففي احدها نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على
الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي
موسى رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس
كلها سواء لاطلاق ما روينا وما روى في بعض الروايات والاسنان
كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي
والاصابع وهذا اذا كان خطاء اما اذا كان عمدا ففيه القصاص وقد

مر فى الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة
كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها بالضرب لان المتعلق
بتفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع
ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا
على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدبة لا شئ عليه لزوالها لاعن اثر

فصل فى الشجاج قال الشجاج عشرة الحارصة وهى التى تحرص الجلد اى
تخدشه ولا يخرج الدم والدامعة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع
فى العين والدامية وهى التى تسيل الدم والباضعة وهى التى تبضع
الجلد اى تقطعه والملاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم والسمحاق وهى التى تصل
الى السمحاق وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهى التى توضح
العظم اى تبينه والهاشمة وهى التى تكسر العظم والمنقلة وهى التى تنقل العظم
بعد الكسر اى تحوله والآمة وهى التى تصل الى ام الراس وهو الذى فيه الدماغ
قال فى الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روى انه عليه الصلوة والسلام
قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه يمكن ان ينهى السكين الى العظم فيتساويان
فيتحقق القصاص قال ولا قصاص فى بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار
المساواة فيها لانه لا حد ينهى السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر
العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابى حنيفة وقال محمد فى الاصل وهو
ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة
فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيبر غورها بمسبار
ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص
قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن
اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعى وعمر بن عبد العزيز
قال فى الموضحة ان كانت خطاء نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشر الدية

وفى المنقلة

وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر وفى الآمة ثلث الدية وفى الجائفة
ثلث الدية فان نفذت فيهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روى فى كتاب
عمرو بن حزم ان النبى عليه السلام قال وفى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة
عشر وفى المنقلة خمس عشرة وفى الآمة ويروى الما مومة ثلث الدية وقال
عليه السلام فى الجائفة ثلث الدية وعن ابى بكر رضى الله عنه انه حكم فى جائفة
نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين
احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفى كل جائفة
ثلث الدية فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل
الملاحمة قبل الباضعة وقال هى التى يلتحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه
بدليا مروى عن ابى يوسف رحمه الله فهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى
وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهى التى تصل الى الدماغ وانما
لم يذكرها لانها تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على
حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان فى غير الوجه
والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح حتى لو تحققت
فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة
عدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما
ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص
بما يظهر منها فى الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان
فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه
ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة
للناظر فيهما الا ان عدناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد
يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف
الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى ان يقوم

مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه الاثر ثم ينظر الى تفاوت مابين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة تجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ماروينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ماعرف فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطع مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف وعنه مازاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على التقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الزراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيها عشر الدية وان كانت اصبعان فالخمس ولا شئ في الكف وهذا عند ابي حنيفة وقال ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل والترجيح من

حيث

حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شئ في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي يجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت سقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كلا واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ماذكرناه قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه ففيه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف

العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني
ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال
وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في
ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالو وينبغي ان يجب الدية فيهما وقالا في
الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان يجب الدية في العينين وان قطع
اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص
عليه في شيء من ذلك وينبغي ان يجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة
عدل وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان يجب
الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور
واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار
كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل
في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احديهما لا يتعدى الى
الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول
وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري
فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد
من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطاء في البداية
بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع
السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت الى
جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا زفر
والحسن يقتص من الاول وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه
وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب
بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس
والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص

فيه

فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان السراية ما يجب فيه
القصاص الى ما يمكن فيه الاقتصاص توجب القصاص كما لو آلت
الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق
التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب
بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة
ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو
اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على هاتين الروايتين ولو قلع سن رجل فنبت
مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة وقالا عليه الارش كاملا
لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية
انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع
لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل
لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها
اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذا العروق لا تعود وكذا
اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع
سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبت سن الاول فعلى الاول
لصاحبه خمس ماية درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب
فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا
يستأني حولا بالاجماع كان ينبغي ان ينتظر اليأس في ذلك للقصاص الا
ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه ينبت فيه ظاهرا
فاذا مضى الحول ولم ينبت قضينا بالقصاص واذا نبت تبين انه اخطاء
فيه والاستيفاء بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب
انسانا سنه فتحركت يستأني حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة
ثم جاء المضروب وقد سقط سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه

فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة
فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول للضارب لان
الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك فمؤثر في السقوط فافترقا وان
اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد
مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولم يسقط
لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف انه حكومة الالم وسنين الوجهين
بعد هذا ان شاء الله تعالى ولم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في
الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان
يضربه ضربا يسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما
ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ولو اصفر ففيه روايتان قال ومن شج رجلا
فالتحمت ولم يبق لها اثر وبنت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال
الشين الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل
لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه
اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار
كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا
لا تتقوم الا بعقد او شبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن
ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها ففيه ارش معناه اذا بقي اثر
الضرب اما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة
قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش
اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها
بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء
قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص من الجارح حتى يبرأ وقال الشافعي
يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب

قد تحقق

فد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة
ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فعلها
تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط
القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو
في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير
ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه
العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال
واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي
تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل
للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرانا
لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون
مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الادمي بالمال
لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل
عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا
وكل جناية اعترف به الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا
ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصوره ولاية عن غيره فلا يظهر في حق
العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذا
كل جناية موجبها حمسماية فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده
عمد حتى يجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه
تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الاخر وهو
الوجوب في ماله ولهذا يجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما
يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون
على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل

الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فلا يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كما سمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم **فصل في الجنين** قال واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية قال معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل واحد منهما خمساية درهم والقياس ان لا يجب شئ لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ووجه الاستحسان ما روى ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة فقيمته خمساية ويروى او خمساية فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بخمساية نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمساية وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دُوهُ وقالوا آندِي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمساية تجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون ميراثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما رويناه ولان في الجنين انما تظهر التفاوت لتفاوت

معاني

معاني الادمية ولا تفاوت في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمساية فان القت حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا بالضربة السابق وان القت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شئ في الجنين وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها لان تنفسه بنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال ويجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا ففي عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته ان كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم ولهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما ذكره فصح الاعتبار على اصله فان ضربه فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا يجب القيمة دون الدية ويجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد يجب قيمته ما بين كونه

مضروبا وبين كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على
ما سيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند
الشافعي تجب لانه نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان
الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها
ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا
فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي
استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في هذه الاحكام لاطلاق ما روينا
ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك
فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا

باب ما يحدث الرجل في الطريق قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا
او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان
كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض
كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه
شيأ فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر
بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيحمل ما في معناه به اذ المانع
متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا
ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ
ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت
الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضرهم او لم يضر الا باذنهم
وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى
اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل
عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى رضائهم
ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا

او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه
سبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو
الاصل وكذلك اذا سقط شئ مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر
بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر
فما تا فالضمان على من احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط
الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحايط رجلا فقتله لا ضمان عليه
لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من
الحايط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه
يمكنه ان يركبه في الحايط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس
بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر
النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف
اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح
رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها
فتركها المشتري حتى عطب به انسان فالضمان على البايع لان فعله
وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق
شيأ يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيأ
لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعل يعلم
بعادته وقد افضى اليها فجعل مباشرة ولو استأجر رب الدار الفعلة
لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل
فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى
رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل
عبد داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد
فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر

257

ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه كانه فعل بنفسه فلهذا
يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش
الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك
في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعدا ووضع متاعه لان لكل واحد
ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشترك قالوا
اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد
والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن فلو تعمد المرور في موضع صب الماء
فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش
بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور
على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شئ وان رش
جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة
في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه
فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استأجر اجيرا ليبني له في فناء
حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه مما يجب الضمان على الآمر استحسانا
ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الآمر
قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان
فديته على عاقلته وان تلف بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن
ما يتولد منه غير ان العاقلة يتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة
في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة
لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب موضع كنسه انسان حيث
لا يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد رفع الاذى عن
الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعديه
بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان

على

على الذي نحاه لان حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل
بفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في
الطريق فان امره السلطان بذلك او اجره عليه لم يضمن لانه غير
متعد حيث فعل ما امر بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان
بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام
او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على التفصيل في جميع ما فعل
في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك ان حفره
في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك
لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان
له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كانت
في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه سبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في
الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه مات من معنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع
وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن
له لانه سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد هو
ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام
قريبا منه وان استأجر اجيرا فحفر البئر في غير فنائه فذلك على
المستأجر ولا شئ على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة
صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فتقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار
كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك
يضمن المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر متسبب والترجيح
للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء
لان كل واحد منهما متسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه

وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك
له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي
فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا
لانهم علموا بقاء الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر
لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من
القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان
الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه
قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب
فلا ضمان على الذي جعل قنطرة وكذلك ان وضع خشبة على الطريق
فتعمد رجل المرور عليها لان الاول متعد وهو مسبب والثاني تعدى
وهو مباشر فكان الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل
مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيأ في الطريق
فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذلك اذا سقط فعثر
به انسان وان كان رداء فلبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن
وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشئ قاصد حفظه فلا
خرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه
فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس
ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان
المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة
فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة يضمن
قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من
القرب وكل احد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله
باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير فيما

يتعلق

يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح
بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا
مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط
السلامة وقصد القربة لا ينافي العزامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد
بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله وان جلس
فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير
الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا
لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير
صلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف
فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما
بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان
الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة اولان المنتظر للصلوة في الصلوة
حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة
وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل
مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان
يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي
الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا اوطأ غيره
والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه
في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة
وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى المسجد فلكل واحد من المسلمين
ان يصلي فيه وحده **فصل في الحائط المائل** قال واذا مال الحائط الى طريق
المسلمين وطلب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على
نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن

لانه لاصنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل
البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل
الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء
المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه
فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره بصير
متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد
لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان
يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع
الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم
من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس يجب الدية
يتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطاء فيستحق فيه التخفيف
بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من
الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل
المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر
الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة
الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم
حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط للانهدام التعدي ولو بنى
الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان
البناء تعدى ابتداء كما في اشراع الجناح ويقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم
لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها
لانه لابد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنفقة
مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد
منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم عند السلطان وغيره

لانه

لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به قال فان الى دار رجل
فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان
فيها سكان لهم ان يطلبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار بازالة
ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك
ساكنوها فهو جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم
بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث
لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار
بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك
الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان
جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبراء على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري
لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه
بعد ما طولب به والاصل ان يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط
وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر
والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة
الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية
وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله
والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين
او لم يكن لان ولاية النقض لتم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو
في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد
من وجه على المولى وضمان المال يلحق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح
التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط
وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط
الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب

لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض
ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد
على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على
الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان
ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحائط بين
جمة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون
ذلك على عاقلته وان كان دار بين ثلثة فحفر احدهم فيها بئرا او بنى
حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند
ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان
التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر
فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهس الحية وجرح
الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق
المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة
فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على
اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها
صغرت او كبرت على ما عرف الا عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها قال الراكب ضامن لما اوطأت
الدابة ما اصابت بيدها ورجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا
اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق
المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق
غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا باذكرنا
ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يقيد بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز
عنه ولا يقيد فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد

بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس
من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب
ليس يمكنه الاحتراز عنه مع التسيير على الدابة فلم يتقيد به وان اوقفها
في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف ان لم يمكنه عن
النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال وان
اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او آثار غبار او حجرا صغيرا
فتفقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لان
في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني
ممكن لانه ينفك عن السير عادة انما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف
فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان راثت او بالت في
الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير
فلا يمكنه التحرز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل
ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها
او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير
ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق
ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها
دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره
واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة برأي عين السابق فيمكنه الاحتراز
عنه وغايب عن بصر القائد فلا يمكن التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السابق
لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه
التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو
الاصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة
عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال

الفعل تخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب قال وفي الجامع الصغير
وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما
شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة
فيما لا يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته
الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء
الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له
فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لم يتصل
منهما الى المحل شئ وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة
لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث
والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب
وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر
فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان
عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا
ففي عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما يجب
على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وروى ذلك عن علي رضي
الله عنه ولان كل واحد مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته الم نفسه
وصاحبه وهو السبب للموت فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان
الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا
على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف
فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه
مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مسندا للاضافة في حق الضمان
كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شئ من دمه وفعل صاحبه
وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا

انقلب

انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما
كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا من المسائل الفعلان محظوران
فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطاء ولو كانا عبدين
يهدر الدم في الخطاء لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت
لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما
هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا في الخطاء
يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل
حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله يجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادمي اذ قد اخلف بدلا
بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف
وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف
في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف
دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال
ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته
كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع
بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد
في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون
اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا
فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان
القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا
بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان
النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق
فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال

الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا كان توسطها
واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما
بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسايق
يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم
فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة
القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية
على العاقلة كما في القتل الخطاء ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو
الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل واحد
منهما مسبب لان الربط من القيادة بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال
التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار سير لانه امر
بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان
على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قادر غير
اذنه لاصريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان
لها سائقا فاصاب في فورها يضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق
ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة
يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق
وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى
صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل وجه الفرق ان البهيمة
مختارة في فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعله الى غيره هذا
هو الحقيقة الا ان الحاجة مست الى الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد
مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف
انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رضي الله عنه
وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصاب في فورها

فالمرسل

فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو
انعطفت يمنة او يسرة انقطع الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه
وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد
ثم سار فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه تمكنه
من الصيد وهذه الوقفة تنافي مقصود المرسل فتقطع حكم الارسال وبخلاف
ما اذا ارسله الى صيد فاصاب انسانا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله
وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدى فيضمن ما تولد منه
اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسل
بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا والطريق
آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا
لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار قال محمد هي المنفلتة
ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال ونحوه
قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود اللحم فلا يعتبر
الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار
والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا
ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر
رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال
والعمل فمن هذا الوجه يشبه الادمي وقد يمسك للاكل فمن هذا الوجه يشبه الماكولة
فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الاخر في نفي النصف
ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها
ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احديها ومن سار على دابته في الطريق
فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت منه فصدمته
فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن

مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس
فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه
والراكب غير متعد فيترجح جانبه في التغرير للتعدي حتى لو كان واقفا دابته
على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في
الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على
نفسه وان القت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه
متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطأته
فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقع في ملكه
والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس
والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني
يضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب
كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحها لانه امره
بما يعلكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه بمعنى الامر ولو
وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناباذن الراكب فالدية عليهما جميعا
اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحال مضاف اليهما
والاذن يتناول فعل السوق ولا يتناوله فعل السوق ولا يتناوله من
حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة
للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة
للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع على اثر جرحها
غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما مع ان الحفر شرط علة اخرى
دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في
الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره
بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة

بتسييرها

بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون
على الآمر لانه امر بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا
فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان
الايطاء على فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور
ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى
الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد
فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها
غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته
واذا كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب
على الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء
لانه متعد بشغل الطريق فأضيف اليه كانه نخسها بفعله **باب جناية**
المملوك والجناية عليه قال واذا جنى العبد جناية خطأ فقيل لمولاه اما
ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي
المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة
بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف
لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي
بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق
برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على
المالي حالة الخطأ ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف
به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية ويجب على عاقلة الجاني اذا كان
له عاقلة والمولى عاقلة لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا
النصرة حتى يجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون
فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية

على المال لان العواقل لا تعقل المال الا ان يخير بين الدفع والفداء لانه
واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غيران
الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت
العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال
الذكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء
حضار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان
فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان
باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد
في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ
حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شئ لولي الجناية
اما الدفع فلان حقه يتعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط ولما
الفداء فلانه لا حق له الا في الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم
يختر شيأ حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه
وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى
قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء
لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية
قال ولو جنى جنايتين قيل للمولى الخ ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه
على قدر حقهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الثاني به كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك
المولى لم يمنع تعلق الجناية بحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى
قوله على قدر حقهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمون
العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا
ولو قتل واحدا وفقاء عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على

النصف

النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي
من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق
مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد
اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان
الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة
عنه فلا بد من التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية
ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه
الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء
لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من
الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للاخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة
والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف
الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له
يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قاله المقر والحمة
الكرمي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه
البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونه وكذا المعنى لا يختلف
واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا
كان الخيار للبائع ونفقه وبخلاف العوض على البيع لان الملك ما زال ولو
باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة
الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه
مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له
اخذه بغير عوض وهو مستحق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه
بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف
اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزء

منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج
لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطئ الثيب على ظاهر الرواية لانه لاينقص
من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط
به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في
التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان
لمولى الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى
قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شجته فانت حر
فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت
تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير
به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق بالشرط ثم حلف لا يطلق اولا يعتق
ثم وجد الشرط وبثت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا
ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز
فصار كما اذا اعتق بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت
الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا
اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من
ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد
لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته
ما لا يمكنه الامتناع ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي
اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد
رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد
صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه
او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح
وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجب القصاص

بينها

بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب
هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة
كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص
بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح
الصلح لانه لا صحة له بدون ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا
لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون
العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق
يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء
والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيارهم في العفو
والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوع
يده على عبد ودفع اليه فاعتقه ثم مات من ذلك قال العبد صلح الجناية
الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن
اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك
وهنا قال يجب قيل ما ذكرناه هنا جواب القياس فيكون الوضعان
جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن
اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو
ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب
القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها
على مال فاذا لم يبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه
فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه
الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب
الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون
بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع

ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولى الجناية
ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبى حيث يجب
قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبى انما يضمن
للمولى بحكم الملك فلا يظهر فى مقابلة الحق لانه دونه وهنا يجب لكل
واحد منهما باتلاف الحق فلا يترجح فيظهر ان فيضمنهما قال واذا استدانت
الامة الماذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها فى الدين واجنت جناية
لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها
متعلق برقبتها استيفاء فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان
وجوب الدفع فى ذمة المولى فى ذمتها وانما يلاقيها اثرا الفعل الحقيقى وهو الدفع
والسراية فى الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية واذا كان
العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطاء
فلا شئ لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابراء
العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق
العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطاء وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت
حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة
منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب فى جناية العبد على المولى
دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وانا صبى او بعت
دارى وانا صبى او قال طلقت امرأتى وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا
كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت
امتى وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الى
الجماع والعلة استحسانا وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يضمن الاشياء بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان
لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطئ

والعلة

والعلة وفى الشئ القايم اذ بيدها حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك
عليها وهى منكرة والقول للمنكر فلهذا يؤمر بالرد اليه ولهما انه اقر بسبب الضمان
ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى
وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة
فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه
يضمن يدها لو قطعها وهى مدبونة وكذا يضمن مال الحربى اذا اخذه وهو
مستأمن بخلاف الوطئ والغلة لان وطئ المولى امته المدبونة لا يوجب
العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مدبونة لا يوجب الضمان عليه
فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية قال واذا امر العبد المحجور
عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبى الدية لانه هو القاتل
حقيقة وعمده وخطاءه سواء على ما بينا من قبل ولا شئ على الآمر
وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة
فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى
الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق لان عدم الاعتبار
لحق المولى وقد زال النقصان الاهلية بخلاف الصبى لانه قاصر الاهلية
قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا
عليهما يخاطب مولا القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول
فى الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه
غير مضطر فى دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا
والعبد القاتل صغير لان عمده خطاء اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه
بين الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما ولى
فعفا احد ولى كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه
بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد ولى كل واحد منهما سقط القصاص

القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل
القيمة وكالغصب ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة
اوجبها مطلقا وهى اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه
معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما
فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب
بمقابلة المالية اذ الغصب لايرد الا على المال وبقاء العقد يتبع
فائتة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية
فكذلك امر الدية وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه
لا سمع فيه فقدرناه بالقيمة رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة
بعشرة الاف ونقصنا منها فى العبد اظهار الانحطاط رتبته وتعيين
العشرة باثر عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال وفى يد العبد نصف قيمته
لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة دراهم لان اليد من الادمى نصفه
فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر
من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر
اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا
فماتت فى يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية
قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له
ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا قصاص فى ذلك وعلى القاطع
ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما يجب
القصاص فى الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب
عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق
للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتقدر

وانقلب مالا فصار كالواجب المال من الابتداء وهذا لان حق
فى الرقبة اوفى عشرين الفا وقد سقط نصيب العافين وهو النصف وبقى
النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد ولى العمد
فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة للذى لم يعف من ولى العمد
وعشرة الاف لولى الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق ولى الخطأ
فى كل الدية عشرة الاف وحق احد ولى العمد فى نصفها خمسة الاف ولما
تضايق فى الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا
ثلثاه لولى الخطأ وثلثه لغير العافى من ولى العمد عند ابى حنيفة رحمه الله
وقالا يدفعه اباعا ثلثة ارباعه لولى الخطأ وربعه لولى العمد فالقسمة
عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولى الخطأ بلا منازعة واستوت
منازعة الفريقين فى النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده
يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله
التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذان بالكل وذلك بالنصف
قال واذا كان عبدين رجلين فقتل مولاهما اى قريبا لهما فعفا احدهما
بطل الجميع عند ابى حنيفة وقالا يدفع الذى عفا نصف نصيبه الى الآخر
او يفديه بربع الدية وذكر فى بعض النسخ قول محمد مع قول ابى حنيفة رحمهما الله

فصل ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم
فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضى له بعشرة الاف الا
عشرة وفى الامة اذا ازدادت قيمتها على الدية خمسة الاف الا عشرة وهذا
عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعى يجب قيمته بالغة ما بلغت
ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك فى يده يجب قيمته بالغة
ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى
وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل

القبض

274
ك من الهداية من الجزء ١٣

الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل ورقبته لآخر اذا قتل لان مالكل واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولهذا في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال الآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قاطع فيمتنع القصاص ولهما انا يقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول ولا يعتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطاء دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرية فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه أولا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان

العتق

العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثباته ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة وقال ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائتة فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فيجب ان يملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة للمالية بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال

فان من حرق ثوبا خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية ان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبد الوقطع يد عبد آخر يوما المولى بالدفع او الفداء فهو من احكام الادمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روى عن ابي عبيدة انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن حق الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختيار الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان ففيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بقضاء او قضى فلا شيء عليه لانه مجبور بالدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع

279

لم يكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطاء على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بافة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبراء الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مواخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه

ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين ولى الجنايتين
نصفين لاستوائهما فى الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على
الغاصب لانه استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولى
الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابى حنيفة وابى
يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذى يرجع به المولى
على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا
يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وكيلا يتكرر
الاستحقاق ولهما ان حق الاول فى جميع القيمة لانه حين حنى فى حقه
لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد شئ من
بدل العبد فى يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع
المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان فى يد
الغاصب قال وان كان جنى عند المولى جناية فغصب رجل فجنى
عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف
القيمة على الغاصب لما بينا فى الفصل الاول غير ان استحقاق النصف
حصل بالجناية الثانية اذا كانت هى فى يد الغاصب فيدفعه
الى ولى الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم
وضع المسئلة فى العبد قال ومن غصب عبدا فجنى فى يده ثم رده
فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة فيدفع الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابى
حنيفة وابى يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى
عند المولى ثم غصبه فجنى فى يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته
فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب فى العبد كالجواب فى المدبر فى جميع
ما ذكرنا الا ان فى هذا الفصل يدفع المولى العبد وفى الاول يدفع القيمة

قال ومن

قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى
عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير
فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمة على الغاصب لان الجنايتين كانتا فى
يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية
عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على
الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان فى يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولى
الجناية الاولى ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق
حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف
كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لهما ان فى الاولى الذى يرجع به عوض
عما سلم لولى الجناية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر
الاستحقاق اما فى هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية
لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا
حرا فمات فى يده فجاءة او بحمى فليس عليه شئ وان مات من صاعقة
او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان
لا يضمن فى الوجهين وهو قول زفر والشافعى لان الغصب فى الحر لا يتحقق
الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا
رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف
وهذا اتلاف تسببا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق
وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون فى كل مكان فاذا نقله
اليه فهو متعد فيه وقد زال حفظ المولى فيضاف اليه لان شرط العلة
ينزل منزلة العلة اذا كان تقويا كالحفر فى الطريق بخلاف الموت فجاءة
او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب
فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن ويجب الدية على العاقلة لكونه قتلا

تسببا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية واودع طعاما
فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي
رحمهما الله يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاتلفه
لا يواخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويواخذ به بعد العتق وعند
ابي يوسف والشافعي يواخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة
في العبد والصبي وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير
وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق
لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما
حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير
الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا غير
معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة
ثبتت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى
مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه
لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما
ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه
اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد
الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره قال وان
استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي مواخذ بافعاله
وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد **باب القسامة** قال
واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم
يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي اذا كان
هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعا
عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كان الدعوى

في العمد

في العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل
على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل
او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه
مثل مذهبنا غير انه لا يتكرر اليمين بل يردها على الولي وان حلفوا الدية
عليهم للشافعي في البداية يمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه ولان اليمين يجب على من يشهد له الظاهر ولهذا يجب
على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين
على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص
لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية بقوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر وروى ابن المسيب رضي الله عنه ان النبي
صلى الله تعالى عليه وسلم بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود
القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي
الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به
النفس المحترم وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين
الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي
اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة
اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح بالغ
مما يفيد يمين الصالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه
يمين وليس بشهادة قال فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا
يستحلف الولي وقال الشافعي لا يجب الدية لقوله عليه السلام في حديث
عبد الله بن سهل يبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا
للمدعا عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي صلى الله تعالى
عليه وسلم جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث زياد

ابن ابی مریم وکذا جمع عمر رضی الله عنه بینهما علی ما ادعته وقوله علیه السلام
یبرئکم الیهود محمول علی الابراء عن القصاص والحبس وکذا الیمین مبرئة
عما وجب له الیمین والقسامة ما شرعت لیجب الدیة اذا نکلوا بل شرعت
لیظهر القصاص بتحزیمهم عن الیمین الکاذبة فیقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت
البرأة عن القصاص ثم الدیة یجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود
القتیل بین اظهرهم لا بنکولهم او وجبت بتقصیرهم فی المحافظة کما فی
القتل والخطاء ومن ابی منهم الیمین حبس حتی یحلف لان الیمین فیه
مستحق لذاته تعظیما لامر الدم ولهذا یجمع بینه وبین الدیة بخلاف النکول
فی الاموال لان الیمین یدل عن اصل حقه ولهذا یسقط ببدل المدعی وفیما
نحن فیه لا یسقط ببدل الدیة هذا الذی ذکرنا اذا ادعی الولی القتل علی
جمیع اهل المحلة وکذا اذا ادعی علی البعض لاباعیانهم والدعوی فی العمد
والخطاء لانهم لا یتمیزون عن الباقی ولو ادعی علی البعض باعیانهم انه
قتل ولیه عمدا او خطاء فکذلک الجواب یدل علیه اطلاق الجواب فی الکتاب
وهکذا الجواب فی المبسوط وعن ابی یوسف فی غیر روایة الاصول
ان فی القیاس یسقط القسامة والدیة عن الباقین من اهل المحلة
ویقال للولی الک بینة فان قال لا یستحلف المدعی علیه یمینا واحدا
ووجهه ان القیاس یأباه لاحتمال وجود القتل من غیرهم وانما عرف
بالنص فیما اذا کان فی مکان ینسب الی المدعی علیهم والمدعی یدعی القتل
علیهم وفیما وراه بقی علی اصل القیاس وصار کما اذا ادعی القتل علی
واحد من غیرهم وفی الاستحسان یجب القسامة والدیة علی اهل المحلة لانه
لا فصل فی اطلاق النصوص بین دعوی ودعوی فتوجیه بالنص
لا بالقیاس بخلاف ما ادعی علی واحد من غیرهم لانه لیس فیه نص
فلو اوجبناها بالقیاس وهو ممتنع ثم حکم ذلک ان یثبت ما ادعاه

اذا کان

اذا کان له بینة وان لم یکن استحلف یمینا واحدة لانه لیس بقسامة لانعدام
النص وامتناع القیاس ثم ان حلف برئ وان نکل فالدعوی فی المال یثبت
به وان کان فی القصاص فهو علی اختلاف مضی فی کتاب الدعوی نذکره
من بعد ان شاء الله تعالی فان لم یکمل اهل المحلة کررت الایمان علیهم
حتی تتم خمسین لما روی ان عمر رضی الله عنه لما قضی فی القسامة وافی الیه تسعة
واربعون رجلا فکرر الیمین علی رجل منهم حتی عدت خمسین ثم قضی بالدیة وعن
شریح والنخعی مثل ذلک ولان الخمسین واجب بالسنة فیجب اتمامها
ما امکن ولا یطلب فیه الوقوف علی الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فیه استعظام
امر الدم فان کان العدد کاملا فاراد الولی ان یکرر علی احدهم فلیس
له ذلک لان المصیر الی التکرار ضرورة الاکمال قال ولا قسامة علی صبی
ولا مجنون لانهما لیسا من اهل القول الصحیح والیمین قول قال ولا امرأة
ولا عبد لانهما لیسا من اهل النصرة والیمین علی اهلها وان وجد میتا
ولا اثر به فلا قسامة ولا دیة لانه لیس بقتیل اذ القتیل فی العرف من فاتت
حیوته بسبب یباشره حی وهذا میت حتف انفه والعزامة تتبع فعل
العبد والقسامة لاحتمال القتل ثم یجب علیه القسم فلا بد ان یکون به اثر
یستدل به علی کونه قتیلا وذلک بان یکون به جراحة او اثر ضرب او خنق
وکذا اذا کان خرج الدم من عینه او اذنه لانه لا یخرج منها الا بفعل من جهة الحی
عادة بخلاف ما اذا خرج من فیه او دبره او ذکره لان الدم یخرج من هذه
المخارق عادة بغیر فعل احد وقد ذکرناه فی الشهید ولو وجد بدن القتیل
او اکثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس فی محلة فعلی اهلها القسامة
والدیة وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
ومعه الراس ویده او رجله او رأسه فلا شئ علیهم لان هذا حکم عرفناه
بالنص وقد ورد به فی البدن الا ان للاکثر حکم الکل تعظیما للادمی بخلاف

الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا يجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه يتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا يتوالیان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي لا يجري فيه القسامة يجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا يتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شئ على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روى ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اتى في قتيل وجد بين قريتين فامر ان يزرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وراحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وداعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالسكنى تكون بالملك الا ترى انه صلى الله تعالى عليه وسلم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص

بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي صلى الله تعالى عليه وسلم اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهي على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك قد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم ويزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه ويدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم عواقلهم ولهما ان الحضور لزمهم بنصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري فان كان فيه

خيار فعلى عاقلة الذى تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير
فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك
ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك
للمشترى قبل القبض فى البيع البات وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار
الملك كما فى صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى
انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفى
البات اليد للبايع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض
لانه دون البات ولو كان المبيع فى يد المشترى والخيار له فهو اخص الناس
به تصرفا ولو كان الخيار للبايع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالغاصب
كالمغصوب فيعتبر يده اذ به يقدر على الحفظ قال ومن كان فى يده
دار فوجد فيها قتيل لم يعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذى فى
يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى يعقل العواقل عنه واليد
وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الدية
على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة به فى دار المشفوعة فلا بد
من اقامة البينة قال وان وجد القتيل فى سفينة فالقسامة على من
فيها من الركاب والملاحين لانها فى ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى
تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يدعيها الملاك
فى ذلك وغير الملاك سواء وكذلك العجلة وهذا على ما روى عن ابى
يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنتقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون
الملك كما فى الدابة بخلاف المحلة والدار لانه لا تنتقل قال وان وجد
فى مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد
فى المسجد الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال
لعامة المسلمين ولو وجد فى السوق ان كان مملوكا فعند ابى يوسف

يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع
العامة التى بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد
فى السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابى يوسف رحمه الله الدية
والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر
ان القتل حصل منهم وهما يقولان اهل السجن مقهورون فلا يتامرون
فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين
فاذا كان عمله يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه قرينة الملك
والساكن وهى مختلف فيما بين ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله قال وان
وجد فى بئر ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من
استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا
يوصف بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالقسامة
والدية على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه
وان وجد فى وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس فى يد احد
ولا فى ملكه وان كان محتسبا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك
المكان على القعر الذى تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضع
على الشط والشط فى يد من هو بقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء
ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذى يستحق به الشفعة لاختصاص
اهلها به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم قال وان
ادعى الولى على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم وقد
ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال وان ادعى على واحد من
غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق قد بيناه وهو ان وجوب القسامة
عليهم دليل ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافى ابتداء الامر
لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل

ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا
حيث لم ياخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد
وجود القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولى فاذا ادعى القتيل على غيرهم
امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف
فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم
الا ان يدعى الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل
المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال
ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث
الذى رويناه اما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه
ولو وجد قتيل فى معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها
فان وجد فى خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان
كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند العدم
الملك وان كان القوم لقوا قتالا فقاتلوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم
فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم
يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعكر كالكان
فيجب على المالك عند ابى حنيفة خلافا لابى يوسف وقد ذكرناه قال
واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلته ولا عرفت
له قاتلا غيره فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل
فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنا عن
اليمين فيبقى حكم من سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من
اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم يقبل شهادتهما وهذا عند
ابى حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت
العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة

اذا عزل

291

اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين بالتقصير
الصادر منهم فلا يقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصى
اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضى الله عنه وعلى الاصلين
هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من
اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم يقبل الشهادة لان
الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان
متهما وعن ابى يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزادون
على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح فى قبيلة فقتل
الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات
فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذى حصل فى القبيلة او المحلة
ما دون النفس فلا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش
ولان الجرح اذا اتصل به الموت قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان
صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير
الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله
فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذى حمله فى قول ابى يوسف وفى قياس
قول ابى حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده
فيها وقد ذكرنا وجهى القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل
قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر لا شئ فيه لان الدار فى يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه
فيكون هدرا وله ان القسامة انما يجب بناء على ظهور القتل ولذا لا يدخل
فى الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم
بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا فى دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار

على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت
وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الآخر
الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا
يضمنه بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه
فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية
لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية
على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة
على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة
والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي
التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل
مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة تشارك
العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب
الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من
اهل القرية **كتاب العاقل** قال العاقل جمع معقلة وهي الدية وسمي
الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك قال
والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة
والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه
في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله صلى الله تعالى عليه وسلم
في حديث حمل بن مالك للاوليا قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه
الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه
الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحاف واستيصال له
فيصير عقوبة فظم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه
انما قصر بقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين

في تركهم

في تركهم مراقبته فخصوا به قال العاقلة اهل الديوان ان كان القاتل
من اهل الديوان يؤخذ من اعطياتهم في ثلث سنين واهل الديوان
اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا
وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد النبي صلى
الله تعالى عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية
عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان
ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو
تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة
والحلف والولاء والعدو في عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان
فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم
بالحرف فعاقلتهم اهل الحرف وان كان بالحلف فاهله والدية صلة
كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول
اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم
ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء
يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاثة
او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين
المستقبلة بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بينا
ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل
يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث
منها في سنة واذا كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة
واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على
ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية
او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا وهو في ماله في ثلث سنين وقال

الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف
لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد
به موجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطاء فعلى عاقلة كل واحد عشر
الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر
مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل
والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال
ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرتهم وهي المعتبرة
في التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم
في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري في مختصره
وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقدر ض محمد رحمه الله
على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة
فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال وان
لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبايل معناه نسبا كل ذلك
لمعنى التخفيف ويضم الاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم
الاعمام ثم بنوهم واما الابناء والاباء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا
المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم
الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم
نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو
العالم به ثم هذا كله عندنا وقال الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار
فيستوي بين الكل لانه صلة فيعتبره بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم
عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انها لا تؤخذ من
اصل المال فتنقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل

اصحاب

اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث
لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت
المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه
الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ
منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من
الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم
او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كان لهم ارزاق في كل
شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر
اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات
ليكون في الديوان قايمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة
فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومواخذة
غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شئ من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي
عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء
ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر
اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول
عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما
يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالنساء
والصبيان ولهذا لا يوضع عليهم اما هو خلف عن النصرة والجزية وعلى
هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شئ عليهما من الدية بخلاف الرجل
لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر
نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة
كفرض ازواج النبي صلى الله تعالى عليه وسلم ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر
آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان

عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه
من اهل مصر آخر ويعقل اهل مصر من اهل سوادهم لانه اتباع لاهل
المصر فانهم اذا حزبهم امر يستنصرون بهم فيعقلونهم اهل المصر باعتبار
معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل
عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه فالحاصل ان الاستنصار
بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء
وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه
وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من
اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه
المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر لم يشترط ان يكون بينه وبين
اهل الديوان قرابة وقيل هو الصحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر
ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا
يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب
اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا
لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة
على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا
في المصر لا مسكن له لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من
لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم
لانه لا ينتصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل
احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام
في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود
في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين
من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجب على القاتل وانما

يتحول

ك من الجزء من الهداية ١٤

يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين
مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان
اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم
ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون
فيما بينهم وان اختلف مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم
يكن المعادات فيما بينهم ظاهرا اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى
ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع
التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فجعل ديوانه بالبصرة
ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر
تقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب
هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء
ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء
ينتقل الى المال وكذا الواجب على القاتل ويتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك
يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب
قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه
بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت
العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب
لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى
به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه
بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية
على اهل البصره ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنه وكذا البدوي
اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان
وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان

Library Digitised Collections

Author/s:
Marghnn, Al ibn Ab Bakr,d. 1196 or 7.

Title:
al-Hidyah

Date:
1277? [1860?]

Persistent Link:
http://hdl.handle.net/11343/23239

File Description:
Part 3

ولا يقبل في الديانات الا العدل وجه الفرق ان المعاملات
يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زايدا
يؤدى الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا
او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات فلا
يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة
شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق منهم والكافر
لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان
الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملات ولا يتهيا له المعاملة
الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في
ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على
مذهبه انه يجوز به القضاء في ظاهر الرواية هو والفاسق سواء
حتى يعتبر فيهما اكبر الراى قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة
اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه
ومن المعاملات ماذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة
الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا
او مستورا تحرى فان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضاء وان اراق
الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى
للاحتياط بالاراقة اما التحرى مجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب
يتوضاء به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحرى وهذا جواب الحكم فاما
في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه
زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال
ومن ادعى الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا بائس بان يقعد
ويا كل وقال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة

الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم
فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجب
الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر
يصبره وهذا اذا لم يكن مقتدا فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا
يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكى
عن ابى حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدا ولو كان
ذلك على المايدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدا لقوله تعالى فلا
تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل
الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه
لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب
القضيب وكذا قول ابى حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالحرام يكون

فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان
النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج قال وانما يلبسه من
لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء لحديث اخر وهو ما رواه عدة
من الصحابة رضي الله عنهم فيهم علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام خرج
وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور
امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو مقدار ثلاثة
اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روى انه عليه السلام
نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام عنه
عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بائس بتوسده
والنوم عليه عند ابى حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده
ولم يذكر قول ابى يوسف وانما ذكره القدورى وغيره من المشايخ وكذا
الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه

من زى الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضى الله عنه اياكم وزى الاعاجم وله ما روى انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة من حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بائس بلبس الحرير والديباج فى الحرب عندهما لما روى الشعبى رحمه الله انه عليه السلام رخص فى لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب فى اعين العدو ليريعه ويكره عند ابى حنيفة لانه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذى لحمته حرير وسداه غيره ذلك والمحظور لا يستباح الا بالضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بائس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز فى الحرب لان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز سداه بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رحمه الله اكره ثوب القز يكون بين الغور والظهارة ولا ارى بخشونة القز بأسا لان الثوب ملبوس والخشونة غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا بائس به فى الحرب للضرورة ويكره فى غيره لانوارها والاعتبار للحمة على ما بينا قال ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه فى معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى الانموذج والفضة اغنت عن الذهب ادهما من جنس واحد كيف وقد جاء فى اباحة ذلك اثار وفى الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال مالى اجد منك رائحة الاصنام

ورأى

ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق فى الحجر الذى يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب فى الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعلى رضى الله عنه ان النبى عليه السلام نهى عن التختم بالذهب لان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او الانموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هى المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين وفى حقهن واغا يتختم القاضى او السلطان لحاجته الى التختم فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا بائس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص اى فى ثقبه لانه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعد لا يالة قال ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا بائس بالذهب ايضا وعن ابى يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبى عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابى حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهى الادنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تندفع فى الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال ويكره الخرقة التى تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وكذا التى يمسح بها الوضوء او يتحفظ بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو صحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالريع فى الجلوس ولا بائس ان يربط الرجل فى اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى

89

ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم
لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي
ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث
لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان **فصل في الوطئ**
والنظر والمس والقبلة قال ولا يجوز ان ينظر الرجل
الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا
ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم
والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها
ولان في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا
واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدميها وعن
ابي حنيفة انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رحمه
الله انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان
كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام
من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك
يوم القيامة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن
المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما
اذا علم وكان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان
كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر
لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها
بسبيل وضع على كفه جمرا يوم القيامة وهذا اذا كان شابة تشتهى
اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام
خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض
القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن

الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا تمرضه وكانت تغمز رجله وتغلي
رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان
لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة
اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال
ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها
النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس
بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة
او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز وهو قصد القبيح واما
النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى فقيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد
من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة
فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه
ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولا مقصوده اقامة السنة لا قضاء
الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي
ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا
ستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع
لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها صار كنظر الخافضة والختان وكذا
يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز
للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه
امارة المرض قال وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين
سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته
ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست
بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة
خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما

دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد
ابن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانها لا معتبر بها مع النص بخلافه
وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة
من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة
رضي الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وارى فخذك اما علمت ان الفخذ
عورة ولان الركبة ملتقا عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي
مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف
منه في السواة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ
يعنف عليه وكاشف السواة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من الرجل
يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمرأة ان ينظر من الرجل
الى ما ينظر الرجل اليه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر
الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر
المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس
اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك
يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه
الصفة لم ينظر وهذه اشارة الى التحريم ووجه الفرق وهو ان الشهوة
عليهن غالب وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة
في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه
حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء
الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى
ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة
غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما
بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه

بخلاف

بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف
للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له
وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير
شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك
ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى
ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم
اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث
النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر
ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه
والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها
والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد مواضع
مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن
والعين والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ
لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير
استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر
الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما يشتهى
بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها
على التأبيد بنسب كان او سبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين
فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح ملايينا قال ولا بأس
بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة
الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح
النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة
فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما

النظر واليدان تزينان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلاثة ايام وليا ليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم تكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما الا اذا امن الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا اوظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوايج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المراة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية منقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا فارا التشبهن بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال

مشايخنا

مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رايه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت تشتهى وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عايشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يمنى وينزل وكذا المخنث في الردى من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر منه اليها وقال مالك رحمه الله هو كالمحارم وهذا احد قولي الشافعي رحمه الله لقوله تعالى وما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما رحمهم الله لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تجب في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح **فصل في الاستبراء وغيره**

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس

الا لاتوطوء الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة افاد
وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب فى المسبية وهو استحداث
الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وبهذا لان الحكمة فيه
التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب
عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل وتوهم الشغل بمحرم وهو ان
يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشترى لا على البايع لان العلة
الحقيقية ارادة الوطى والمشترى هو الذى يريده دون البايع فيجب عليه
غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطى والتمكن
انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب
استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء
والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذلك يجب على
المشترى من مال الصبى ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا
اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب
دون الحكم ببطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ولا يجتزؤ
بالحيضة التى اشتراها فى اثنائها ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء وغيره
من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض
خلافا لابى يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق
السبب وكذا لا يجتزؤ بالحاصل قبل الاجازة فى بيع الفضولى وان كانت
فى يد المشترى ولا بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل ان يشتريها
شراء صحيحا لما قلنا ويجب فى جارية للمشترى فيها شقص فاشترى الباقى
لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزؤ بالحيضة
التى حاضتها بعد القبض وهى مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء
ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث

الملك

الملك واليد اذ هو مقتضى الحل والحرمة مانع كما فى حالة الحيض ولا
يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة اوردت المغصوبة او المواجرة
او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو
سبب متعين فاثير الحكم عليه وجودا وعدما ولها بظائر كثيرة كتبناها فى
كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطى حرم الدواعى
لافضائها اليه اولاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة
البايع بخلاف الحايض حيث لا يحرم الدواعى فيها لانه لا يحتمل الوقوع فى
غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق فى الدواعى لا يفضى الى الوطى
والرغبة فى المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضى اليه ولم يذكر
الدواعى فى المسبية وعن محمد رحمه الله انها لا تحرم لانها لا تحتمل وقوعها فى غير
الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربى بخلاف المشتراة على ما بينا
والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا وفى ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم
فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى اثنائه بطل الاستبراء بالايأس
للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى العدة وان ارتفع
حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير
فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد رحمه الله اربعة اشهر
وعشر وعنه شهران وخمسة اعتبارا بعدة الحرة والامة فى الوفاة وعن زفر
رحمه الله سنتان وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله ولا بأس بالاحتيال
لاسقاط الاستبراء عند ابى يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله وقد ذكرنا الوجهين
فى الشفعة والمأخوذ قول ابى يوسف فيما اذا علم ان البايع لم يقربها فى طهرها
ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشترى حرة ان يتزوجها
قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البايع قبل الشراء او المشترى
قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج

لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن
فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان
وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس
ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها لشهوة حتى يكفر لانه حرم الوطئ الى ان يكفر
حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعكاف
والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم
لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع
عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي
عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له
امتان اختان فقبلها بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا
يلمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها لشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بيمين
او نكاح او بعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز
وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى
او ما ملكت ايمانهم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق
النص ولان الدواعي الى الوطئ بمنزلة الوطئ في التحريم على ما مهدناه من قبل
فان قبلها فكانه وطئها وان وطئها فليس له ان يجامع احديهما ولا ان
يأتي بالدواعي فيها فكذا اذا قبلها وكذا اذا مسها لشهوة او نظر الى فرجها
لشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او بعتقها لانه
لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم
التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل
لان الوطئ يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا
الكتابة كالاعتاق في هذا الثبوت حرمة الوطئ بذلك كله وبرهن احديهما
واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح

اراد به

اراد به بالنكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطئ
الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدت
كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احديهما حل له وطئ الموطوءة دون
الاخرى لانه يصير جامعا بوطئ الاخرى لا بوطئ الموطوءة وكل امراتين
لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل
الرجل فم الرجل او يده او شيأ منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا بأس بالتقبيل والمعانقة
لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل
بين عينيه ولهما ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن المكاعمة وهي
التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار
واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا بأس به بالاجماع وهو الصحيح
قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح
اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه **فصل في البيع** قال ولا بأس
ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين
ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه
منتفع به لانه يلقى على الارض لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع
بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد
رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح
والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية انها لفلان فرآى
آخر يبيعها وقال ولاني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر
بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان
لما مر من قبل وكذا لو قال اشتريتها او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا
وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة

وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارضعت امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على اقدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الخرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا يعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذه منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غار بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله كل ما اضر بالعامة

الحجر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم ينبغ له ان يعرض لشئ من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان والكنه اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمجز ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل على ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتريها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبر ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ فلا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا لو قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مجبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها

وهي

حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رحمه الله انه
قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر
في الكراهية وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت
لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق
الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما
اربعين يوما فقد برئ من الله تعالى وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع يقع التفاوت
في الاثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل
المدة للعامة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في
الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعة او ما جلبه من بلد آخر فليس
بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا
يزرع وكذا له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة لان حق العامة
انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق
ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء
المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد
بعيدا لم يجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا
ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان
الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه
تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة
على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته
وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع
اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس
فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون من القيمة تعديا فاحشا وعجز

القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس بمشورة
من اهل الرأي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر
منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على
الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره
الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير
رضاه قيل هو على اختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق
لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع
السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب
الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة
لا بأس به لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا
بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه
بل بعد تغيره بخلاف السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع الخمر فيه
بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا ينبغي ان يكريه
لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة
البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية
بفعل المستأجر وهو مختار فيه فيقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم
لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار
لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا اذا كان في سواد الكوفة
لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة
فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يكره له ذلك لانه اعانة
على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمولة

اليه ولانه ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس في الشرب من
ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية
قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها
مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة رحمه الله
قوله عليه السلام مكة حرام لا يباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة
لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها
ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني
ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا
ولان ارافي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم
من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما
عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا وجر به نفعا
وهو ان يأخذ به ماشاء حالا في الحال ونهى رسول الله عليه السلام عن
قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء حزأ فحزأ لانه
وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ **مسائل متفرقة**
قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير مخل بحفظ الآي
والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه ويكره قالوا في زماننا لابد للعجم
من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا
قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد
وتزيينه بما الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بان يدخل اهل
الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رحمه الله يكره ذلك وقال مالك رحمه الله
يكره في كل مسجد للشافعي رحمه الله قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا

المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل
اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رحمه الله والتعليل
بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى ان النبي عليه السلام
انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا
يؤدي الى تلويث المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء
او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام
الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع
وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل
لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام
ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح باب
قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم ونهانا
عن ذلك وصح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره
ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللملة
عبارتان هذه ومعقد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود
وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع
صفاته قديم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو
الليث رحمه الله لانه ما ثور عن النبي عليه السلام روى انه كان من دعائه
اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك
الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا جزء واحد فكان
الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق
انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب
بالنرد والشطرنج والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فاليسر
حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال

عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلث تاديبه لفرسه ومناضلته عن
قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشرنج لما
فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عليه
السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه
نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله
عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به يسقط عدالته
وان لم يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله بذلك بأسا ليشغلهم عما هم
فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة
دابته ويكره كسوته الثوب وهدية الدراهم والدنانير وهذا استحسان
وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان
انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل
هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة
رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء
ضرورة لا يجد التاجر بدا ومن ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته ولا
ضرورة في الكسوة واهداء الدرهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان
في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا
ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه
الا من هو ولي كالنكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي
قام مقامه بانابة الشرع ونوع احرز ما كان من ضرورة حال الصغار
وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الصغار وذلك جائز
ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم
واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي

ان يكون

ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة
والقبض وهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان
اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والمجنون صار
بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجرانها
اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم ذلك لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه
ولا كذلك الملتقط والعم ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر
الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور
يواجر نفسه فقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى
الدابة وهو الطوق من الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد
بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كما لا احراق بالنار ولا يكره ان يقيده
لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقته
وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح
بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه
لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا
بأس برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة
وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه محبوس بحق
المسلمين فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من
اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما
يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء
طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ
لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن
اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال
وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده

من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا مانت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس ان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها **كتاب احياء الموات** قال الموات مالا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او الغلبة الماء او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام ولم يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا للمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر لمالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قيل شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهرزاده رحمه الله وشمس الائمة السرخسي اعتمد ما اختاره ابو يوسف رحمهما الله ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه

عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مضنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر المغانم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينتزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رحمه الله ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها بالطرقة وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا عند ابي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذ الامام ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر او الخراج فاذا لم يحصل به يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس المحتجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه ورمان بهائي اموره فيه شر

زمان يرجع الى ما يجره فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات
والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر
انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة
ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولو
فعل يجوز العقد ثم التحجر قد يكون بغير التحجير بان عزز حولها اغصانا يابسة
او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش
او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع
الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاجنبي ولو كربها
وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل احدها يكون تحجيرا ولو حفر
انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء
لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من
جملة البناء وكذا اذا بزرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر وبترك
مرعى لاهل القرية ومطرح حصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلها
على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى
هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غناء بالمسلمين عنه كالملح والابار
التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه
اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان
حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله
عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته
ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي
رخوة وبتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون
ذراعا هذا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله اربعون ذراعا لهما قوله
عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا

وحريم

وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه
يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن
للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من
غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف
في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع
الحفر والاستحقاق به فيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه
حفظناه ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فالتوت
الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة
قال وان كانت عينا حريمها خمسمائة ذراع لما رويناه ولان الحاجة فيه الى
زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه
الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى المزرعة فلهذا
يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع
من كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل
وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وفي
اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فمن
اراد ان يحفر بئرا في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال
به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره
ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه
ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل يأخذه بكبسه لان ازالة جناية
حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه
النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في
ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى
فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير

اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجرا وهو سبيل
منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه
الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء
حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى لا شئ عليه لانه غير متعد في حفرها
والثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر
الاول فيه والقناة لحريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة البئر في
استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء لانه نهر في
التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة
عين فوارة فيقدر حريمه بحسب ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم
ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه
ويضعف فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما ترك الفرات
او دجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة
الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما
لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في
يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة
رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
له مسناة النهر يمشي عليها ويلقى عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على
ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما
يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسيل الماء ولا
يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد
الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه
وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع
بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء

الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه
اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه ينعدم اليد
والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما ذكره ان شاء الله تعالى وان كانت
مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا
لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة
لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد
لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع
الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمنازع فيه
والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما
النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر
دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه يتعلق حق صاحب النهر لا ملكه
كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي
الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلز قها
وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لصاحب النهر حتى يلقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما
معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ مواضع
الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب
يد ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا
وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب
النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك
ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة
قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم
عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد

رحمه الله مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس **فصول في مسائل الشرب فصل في المياه** قال واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيأ من الشفة والشفة الشرب لبني ادم والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحار كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد له ذلك لانها مباحة في الاصل اد قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحا عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب حض منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع منه افضى الى حرج عظيم وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياه كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضرارهم اولم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطع منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا

انه بقيت

انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان تائيا على الماء كما بان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة يقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا يردها في كل وقت فصار كالمياه والمة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان يأخذوا الماء عنه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجواره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا بإذنه فصاعدا له ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان السيل حق صاحب النهر

والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شفعة الضفة فان اذن
له صاحبه في ذلك او اعاره فلا بأس به لانه حقه ويجري فيه الاباحة
كالماء المحرز في انائه **فصل في كري الانهار** الانهار ثلاثة نهر غير مملوك
لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك يدخل
ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر دخل ماؤه في القسمة وهو خاص
والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم
ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشر والصدقات لان الثاني
للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شئ فالامام يجبر
الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله
قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه
ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه
على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص
والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية
الشركاء وضرر الابى خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو اراد ان يحصنه
حنيفة الاستئناف وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الابى
والافلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص
من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر لان كلا واحد من الضررين
خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الابى بما انفقوا فيه اذا كان بامر
القاضي فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا جبر لحق الشفعة كما اذا
امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز
ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا هي عليهم جميعا من اوله
الى اخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل

لاحتياجه

لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصد من الكري الانتفاع
بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب
المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء
عن ارضه بسده عن اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا
وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول اصح لان له
رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى
سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في
حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس
على اهل الشفعة من الكري شئ لانهم لا يحصون ولانهم اتباع **فصل في الدعوى**
والاختلاف والتحرف فيه ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد
يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب
فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب
الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستحق له باجراء مائه فعند
الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان
هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر سوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى
له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح
او ميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيه يطرد في الشرب واذا كان
نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود
الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو
في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى
يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته
فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان
يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك يلوح

لا يسكر عا يكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان
يكري منه نهرا او يضب عليه رحى ماء الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة
النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحا لا يضر بالنهر ولا بالماء
ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق
غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه
الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحا ولا يتخذ عليه جسرا ولا
قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ
من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان
منقطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء
حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر
بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكبر ضفة النهر
ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا
اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء
فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان ينزل كواه او يرفعها حيث
يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها
من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة
ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس
له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى
مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر بالمله لان
الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان
يشق منه نهرا ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس
لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك
شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق

شربه في ارضه الاولى حتى يتوصل الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة
على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير
طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن
هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص
وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لغيض الماء عن ارضه كيلا تنزليس
له ذلك لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشهر مناصفة بينهما
لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب
الاسفل ان ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة
الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع
والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر
او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت
العقود فالوصية بالباطل باطل وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل
ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل
الصلح عن دعوى لانه لا تملك بشئ من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه
بعد موته بدون ارض كما في حال حيوته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم
الى ارض لا شرب لها يضيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب
وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على
تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف الثمن الى
ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه ومحرها
ماء اى ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من
هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه **كتاب الاشربة** سمي بها
وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي
عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا حتى يذهب

اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر
ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها
في بيان مايئتها وهو النئ من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو
المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر
لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام لخمر هاتين الشجرتين واشار
الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا
انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي
غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية وانما سمي حمر التخمره لمخامرة
العقل على ماذكرتم لاينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور
ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ماظهر وهذا كثير النظاير والحديث
الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق
بمنصب الرسالة والثالث في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب
قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان
الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة
رحمه الله ان الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد وسكونه وبه يتميز الصافي
من الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل
وحرمة المبيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث
ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر
حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن
ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ماهو محرم
العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم حرم الخمر
وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر
ولهذا يزداد لشاربه اللذة باستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير

معلول

معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات فالشافعي رحمه الله يعدية
اليها وهذا بعيد لانه خلاف للسنة المشهورة وتعليل التعدية الاسم والتعليل
في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها
بالدلائل القطعية على ماسبيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكارها الدليل
القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها
ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال
عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلوا في سقوط ماليتها
والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتقضي بها ومن كان له على مسلم دين
فاداه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه وللمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل
وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان
الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن خمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها
فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه
واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر
منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد
فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انسخ بقي الجلد مشروعا وعليه
وعليه انعقد اجماع الصحابة رضوان الله عليهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع
ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه
لا يحد فيه مالم يسكر منه على ماقالوا لان الحد بالقليل في التي خاصة لما ذكرناه
وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد
ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل
من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب
نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا
اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي رحمه الله انه مباح وهو قول بعض

المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب
ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق بروائح نقيع
التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اى الرطب فهو حرام مكروه وقال
شريك ابن عبد الله رحمه الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا
حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضى الله
عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت
الاشربة مباحا كلها وقيل اراد به بالتوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه
سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب
فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل
الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل
الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر
ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى
ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة
رحمه الله خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية لسقوط
تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع
بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعها اذا
كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير
وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس قالوا بهذا الجواب على هذا العموم والبيان
لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة
حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران
منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه
حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة
المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة

يبقى

121

يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يغلي فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة
وقوله الاول مثل قول محمد رحمهم الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط
ومعنى قوله يبلغ يعني يشتد ومعنى قوله ولا يغلي ولا يحمض ووجه ان بقاءه
هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك
مروي عن ابن عباس رضي الله عنه وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد
الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء
الله تعالى وابو يوسف رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل سكر
ورجع عن هذا الشرط ايضا في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد
منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر
من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي رحمهم
الله حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي نذكره ان شاء الله تعالى قال ولا
بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي
الى اهلي فغدوت اليه فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب
وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب
وهو النيء منه وما روى انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب
والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل
والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل
يشترط الطبخ فيه لا باحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله
لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل
لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روى عن محمد رحمه
الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون

123

عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ
من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرمال لا يحل عند
ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان
كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد اولا حترامه فلا يتعدى الى لبنه
قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله انه
حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل
بالاتفاق وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف
فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر
كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه الصلوة والسلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة
منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولنا قوله
عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر
من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد
هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو الرقته
ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو اوهو في نفسه غذاء
فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح
الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه
بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا
بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان
الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي
ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى طبخة في رواية عن
ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح
لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصير ولو جمع في الطبخ بين

العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان
يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب
احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع
التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيأ
يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل
كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه
لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد
حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا بأس
بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول
بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيأ ولا
يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكأنا سمحا
له وانما ينبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر
وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي
يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر
وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير
متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء
طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رحمه الله يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل
به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله
في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر
بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل
يزول الوصف المفسد ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء
وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل
بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى

لما فيه من احراز مال يصير حلال في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار
الخمر خلا يطهر مايوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر
قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتحلل من
ساعته فيطهر وكذا اذا اصاب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا
قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع
بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرا به ولا ان يسقي
دميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب
وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة
ولو القى الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه
لا عكسه لما قلنا ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال
الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب جزأ من الخمر ولنا ان قليله لا يدعوا الى
كثيره طبعا لنفرة الطباع من النفرة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة
ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه التغير فصار كما اذا غلبه الماء
بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم
ولا يحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا يؤكل لتنجسها بها
ولا حد ان لم يسكر منه لانه اصاب الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام
اجزاء الخمر فيه **فصل في طبخ العصير** قال الاصل ان ما ذهب بغليانه
بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث
الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي
حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو
العصير او ماء يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها
ثلثة واصل آخر ان العصير اذا اصاب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بما يؤ ان
كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب

فيه من

فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير
فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا يغلى الجملة حتى
يذهب ثلثاها ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث
الباقي ماء عصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير
بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء
فني الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير والوجه الثاني
حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلناه والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل
قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه
اثر النار والاصل ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه
لم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه
في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل
ان ينصب منه شئ فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير
طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهي
ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم
العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شئ وذلك تسعة
فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان
وتسعان وعلى هذا يخرج المسائل ولهذا طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية
الى تخريج غيرها من المسائل **كتاب الصيد** قال الصيد الاصطياد وينطلق على
ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي
ابن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان
اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر
فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته

ان عقد الاجماع ولانه يوجب اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل في الجوارح** قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعلمان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخالته والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لابد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ما ثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان اية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش منفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاسلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد احتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على ذلك على انه صار عادة له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختيار وايلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض

قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدرنا وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصايد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه اية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلابد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبايح ولابد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روياه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي رحمهما الله في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولانه

صاد صيودا ولم يا كلمنها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علة
الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروات كما بيناها
في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا يظهر الحرمة فيه
لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد ثبت الحرمة فيه
بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان
الاكل ليس بدليل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة تنسى ولان فيما احرزه
فقد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد
حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه
صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه اية جهله من الابتداء
لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم
وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد
القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل
صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كما لكلب اذا اكل من الصيد ولو
شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه
وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح
له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها
يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب
الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من
الصيد فصار كما اذا افترس شاة بخلاف ما اذا فعل قبل ان يحرزه المالك
لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم
ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل
من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه
ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه

الحالة

129

الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه
الاول لانه اكل في حالة الاصطياد وكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس
البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة
فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل
على جهله قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك
تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل
وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة
فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء
ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح
وهو قايم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس
يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير
الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت
حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت
والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد
الاله لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم
بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي
اضطرار المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل
هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا
يحل الا بذكوة الاختيار ردا الى المتردية على ما ذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي
ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا المتردية

والنطيحة والموقوذة والذى بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة
وعليه الفتوى لقول الله سبحانه وتعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير
فصل وعند ابى يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موتة بالذبح
وقال محمد ان كان يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على
ما قررناه ولو ادركه ولم يأخذه فان كان وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل
لانه صار فى حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت
به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة
مستقرة فالذكوة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة
فعند ابى حنيفة رحمه الله ذكوته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج
الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه
اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار ولنا انه شرط غير مفيد لان
مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه
يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة
حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع
بالارسال على ما بيناه ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه
تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانى يصير مذبوحا
بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى
وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى
يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكنه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة
فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا
فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال
قايم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر
ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثانى

لانقطاع

لانقطاع الارسال بمكنه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للآخذ وانما كان
استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ
ثم اتبع الصيد فاخذه فقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا
للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن لما بيناه فى الكلب ولو ان بازيا معلما
اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك فى
الارسال ولا يثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه
لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على
انه لا يحل بالكسر وعن ابى حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس
باكله لانه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر
جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال
وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسى او كلب لم يذكر اسم الله تعالى
عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما رويناه فى حديث عدى رضى الله عنه ولانه اجتمع
المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا واحتياطا ولو رده عليه الكلب الثانى
ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة فى الاخذ وفقد
فى الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسى بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسى
ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق المشاركة ويتحقق بين فعلى الكلبين
لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثانى على الاول لكنه اشتد على الاول
حتى اشتد على الصيد واخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثانى اثر فى
الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه
بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم
يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسى
فانزجر لزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه
وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجه ان الفعل يرفع بما هو فوقه

او مثله كما في نسخ الآئ والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه ولو ارسله
مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم
يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكوته كالمرتد
والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد
فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بائس باكله لان الزجر مثل
الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث
انه فعل المكلف فاستويا فصار ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى
فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه
احدهما ثم قتله الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت
التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما
وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية
الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة
حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج
عن الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل في الرمي** قال ومن سمع حسا
ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين
انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف
انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا يرى انه لا يثبت الاباحة في
شئ منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه
لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص
بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح بنفسه واباحة التناول
ترجع الى المحل فيثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبلها واذا
وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس
ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير

133

الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بيناه لو رمى
الى طير فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غيره وحشي حل
الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري
نادهوام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جراة
فاصاب صيدا اكل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل اكله
لانه لا ذكوة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه ادميا فاذا هو صيد يحل
لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح
السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط التسمية عنده وجميع
البدن محل لهذا النوع من الذكوة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة
على ما بيناه قال وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف
فيها في الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى
غاب عنه فلم يزل في طلبه حتى اصابه اكل الصيد وان قعد عن طلبه ثم اصابه
ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه كره اكل الصيد اذا
غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب
آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا
اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة اذ لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة
فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه
حجة على مالك رحمه الله في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات
ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن
الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب
في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع
على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص
ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عل يؤيد ذلك

185

٦٩

قوله عليه الصلوة والسلام لعدى رضى الله عنه وان وقعت رميتك
فى الماء فلا تاكل فانك لا تدرى ان الماء قتله ام سهمك وان وقع
على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب
الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب
الحل والحرمة اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة يرجح جهة الحرمة
احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف
بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حايط او اجرة ثم على
الارض اورماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض
اورماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف اجرة لاحتمال
ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض
كما ذكرناه او على ما هو فى معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة
فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر فى المنتقى لو وقع
على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصحح الحاكم الشهيد
رحمه الله وحمل مطلق المروى فى الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شيخ
الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله على ما اصابه حد الصخرة فانشق
بطنه لذلك وحمل المروى فى الاصل انه لم يصبه من آلة جرة الا ما يصيبه
من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان
كانت الجراحة لم تنفسخ فى الماء اكل وان انفسخت لم يؤكل كما اذا وقع فى الماء
قال وما اصاب المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصابه
بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة
على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابه البندقة فمات بها لانه تدق وتكسر ولا
تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه
قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان

الحجر

الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا
كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع
بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا ان رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه
لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعلامات
قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا
لا جرحا الا اذا كان له حد يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح
والاصل فى هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد
حلالا وان كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى
مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او سكين فاصابه
بحدة فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا
والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح
مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء
كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحبس لضيق المنفذ او غلظ
الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى
الاوداج فكل بشرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء
وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل
لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف
الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال
واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو
وقال الشافعى رحمه الله اكل ان مات الصيد منه لانه مبان بذكوة الاضطرار
فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكوة الاختيار بخلاف ما اذا لم
يمت لانه ما ابين بالذكوة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحى فهو ميت
ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة

لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه حقيقة وكذا حكما لانه يتوهم
سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه
حيوة بهذه الصفة يحرم قوله ابين بالذكوة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكوة
لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية
لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة
وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه
حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع
في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فيخرج
عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوايم او اقل
من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة
في الباقي ولو قده نصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف
رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما
اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين
منه ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة
فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه
من قبل القفا، ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع
الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام
والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم
بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني
ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه
في الذبايح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني او اليهودي لانه من
اهل الذكوة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه
ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ وقد

قال صلى

قال صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه ورماه الثاني
فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة
على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال
ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان
الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى
في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان
وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد
الا انه بقي فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه
فعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة
لا عبرة بها عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده
على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال
يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته
جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص
بجراحته وقيمته المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تأويله اذا علم
ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني
بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا
للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كله كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم
ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني
ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة
لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه
اول واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه
وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت
بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية

189

الاولى صار بحال يحل بذكوة الاختيار لو الرمى الثانى فهذا بالرمى الثانى افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثانى محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما يؤكل لحمه قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت قضيدى الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او بشعره او ريشه اولاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

قال الرهن لغة حبس الشئ باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة وما روى انه عليه الصلوة والسلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما بيناه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيأ وهذا لا يجرى عليه فلا بد من امضائه كما فى الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يثبت فى المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب

بخلاف

بخلاف حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر
ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية
اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد
مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان
العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء
وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضرورته كما في الحوالة فالحاصل
ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء
عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على
الاصلين هذين عدة من المسائل المختلف فيما بيننا وبينه عددناها في كفاية
المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت
موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه
وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال
ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء
يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان
المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الواجب
الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ رحمهم الله وهو
دين ولهذا يصح الكفالة به ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند
الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمة يوم القبض فيكون رهنا بعد
وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه
بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك
في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت
قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك
بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن

بالفضل

بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون
بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف
رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة لحديث علي رضي الله عنه قال يتراادان
الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون
مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر رضي الله عنه وعبد الله
ابن مسعود رضي الله عنه ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان
الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة ضرورة امتناع حبس
الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روى حالة
البيع فانه يروى عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل قال
وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن
والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا
ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب
المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء
فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار
الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل فاذا احضره امر الراهن بتسليم الدين
اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع
والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي
وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذا الجواب لان الاماكن
كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان
مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفى
دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى
التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه
ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسية جاز

لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن
لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض
الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو
دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى
قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فيرجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار
الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا
قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا
بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته
في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحصر كل القيمة لان القيمة
خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن
وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا
ولو وضع الرهن على يد العدل فامران يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن
يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد
غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب
وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعنيه فلان ولا ادري لمن
هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه
لم يقبض شيأ وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما
قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن
على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على
المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به قال وان كان الرهن
في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس
الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس
كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين

قيل له

قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه
فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك
بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك
لو تفاسخا الرهن له حبسه مالم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا
بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين
ولو هلك في يده يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن
وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان
يأذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع
الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية
الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا
يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته
وولده وخادمه الذي هو في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون
الولد ايضا في عياله وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان
حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف
وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه
ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات
تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد
بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك
سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما
فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان
ان لبسه بسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين
او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت
بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقليد الثلاثة وان لبس خاتما

فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس الخاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وذلك مثل النفقة فى مأكله ومشربه واجرة الراعى فى معناه لانه علف للحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد الراهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجر الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذى يحفظ الرهن فيه وهذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف رحمه الله ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والجراح على الراهن خاصة لانه مؤن الملك والعشر فيما يخرج فيقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن

فى الباقى

فى الباقى لا وجوبه لانه فى ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضى رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضى عامة وعن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضى وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال رضى الله عنه ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعى رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبتنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع والثانى ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضى اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه فى المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع فى الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثانى يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارى يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالحرمية فى باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء وهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ولا يجوز فسخ

العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا
زرع في الارض دون الارض ولا رهن النخل في الارض دونها لان المرهون
متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشايع وكذا اذا رهن الارض
دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين
فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن
قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون الشجر
جايز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف
ما اذا رهن الدار دون البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة
بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا يمنع
الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لا تصاله به فيدخل تبعا
تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جايز ولا ضرورة الى
ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار
من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والوطبة في رهن الارض
ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار
والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي
يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن
جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار
المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل
عليها ولا اليتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث
يكون رهنا اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار هذا كما اذا رهن
متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة
او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه
منها ثم يسلمه اليه لان من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا لو دخل فيه

من غير

من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودايع والعواري والمضاربات
ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت
ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان
المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك
العين لم يضمن البايع شيأ لكنه يسقط الثمن وهو حق البايع فلا يصح الرهن
فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند
هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن
بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قايما وجب تسليمه وان كان هالكا
يجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل
والكفالة بالدرك جايز والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب
واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة لالتزام المطالبة
والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلوة ولهذا يصح الكفالة
بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك
امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان
يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك
بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة وانه مقبوض
بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء
فيضمنه قال ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر
رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب
الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا
انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل
فبقي قبضا بإذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس

العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يجب لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطاء لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ ولا باجر النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شئ مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمونة عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانه مال في حقهم اما الميتة فليس بمال عندهم فلا يجوز رهنه وارتهانه فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال فلو اشترى عبدا فرهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة

ثم ظهر

ثم ظهر ان العبد حر والخل خمر والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذلك اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رحمه الله خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبد ابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة يهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بالحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز ويقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله لا يقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من ابنه او من عبده او رهن عيناله من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده

بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه
فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن
ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا
قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى
الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان كانت
قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان
كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم
فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلنا
فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق
المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس
بتعد وكذلك الاحذ لان له ولاية احذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب
الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا
يتصور غصبه لما ان له ولاية الاحذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن
يأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد
بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين
يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز
رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان
محلا للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا
في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة
لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن
القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن
ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه
معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق

التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه
وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من
هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان
الوصي لليتيم في كسوته وطعامه ورهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة
جايزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن
او رهن لان الاولى له التجارة تثمير المال لليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن
لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات
الاب ليس للابن ان يسترده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه
اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان
الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه
لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه
لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين
على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جايزين فان هلك
ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفاء دينه من ماله بهذا المقدار
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب اوصى الاب لو
رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره
الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من
مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة
الصبي والحكم فيه هذا على ما بنينا ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي
معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة
اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس
له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله
لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن

لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل
الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان
كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى
الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه
يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويعود
مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جايز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء
بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لابد
من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر التضمين
يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت
ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا
رحمه الله فيها مع ابي حنيفة رحمه الله وفي هذا مع ابي يوسف رحمه الله والفرق لمحمد
رحمه الله انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء
وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض
وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت
قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف لا يجبر على الانفكاك
لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة
على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء
افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه ويكون
رهنا عند المرتهن فالمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رحمه الله ان شاء افتكه
ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا
لانه لما تعذر الانفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون
بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية

وطريقه

وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع المقاصة وفي جعله بالدين
اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه
الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمة جيد من
خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده بالاتفاق عندهما ظاهر
وكذلك عند محمد رحمه الله لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك
عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني
عشر عند ابي حنيفة رحمه الله يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة
بالوزن عنده لا للجودة والزيادة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا
فان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار
الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن
خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه
يفرز حتى لا يبقى الرهن شايعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا
فعنده يعتبر الجودة والزيادة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان
وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة
بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها
سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد رحمه الله نوع طول يعرف في موضعه
من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه
المشتري شيأ بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس
والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه
القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد لان
الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب واذا كان الكفيل حاضرا في
المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم فصح العقد واذا لم يكن

الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غايبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بينا ولا جبر على التبرعات ولكن البايع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان بدل الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رحمه الله لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقتضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك لانه ملاقابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا ما مر ده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد ولا يتفرق بتفريق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين

لا يصير

لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين له واحد منهما عليه جاز وجعلها رهنا عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله قال فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزي قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فالرهن جايز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهن عبده الذي في يده وقبضه منه باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينة انه رهن كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا اذ جعل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كل واحد منهما اثبت ببينة حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه ان كان قياسا لكن محمد رحمه الله اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك

807

امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا ببيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشياع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام **باب الرهن يوضع على يد العدل** قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يدي العدل جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة في حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او الى المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلك المدفوع اليه او هلك في يديه لا يقدر ان يجعل

القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا مقتضيا وبينهما تنافي لكن يتفقان على ان يأخذها منه ويجعلها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده يأخذه اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جايزة لانه توكيل ببيع ماله فان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطاله حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا برأي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملك الوصي كالمضارب اذا مات ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار

اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيماله بخلاف المضاربة
لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه
وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان المرتهن احق
بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل
وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غايب اجبر على بيعه
لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب
الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه توا حقه
بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي
لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في
عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر
رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رحمه الله ان الجواب في
الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا
باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قايم مقامه فكان رهنا وان لم
يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء
عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن
وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل
الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله
عبد فدفع به لانه قايم مقام الاول لحما ودما قال واذا باع العدل الراهن
فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمن العدل كان بالخيار ان شاء ضمن
الراهن وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمن غيره
وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قايما ففي
الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان
شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم واذا ضمن الراهن نفذ

البيع

البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فيتبين انه امره ببيع ملك نفسه
وان ضمن البايع ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فيتبين انه باع ملك
نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه
وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء
فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن
لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ
بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا
تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع
المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قايما في يد المشتري
فللمستحق ان يأخذه من يده لانه وجه عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل
بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب
بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن
بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح
قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض
العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه
وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري
سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع
عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن
غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن
المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة
المنفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته عهدة
لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن
فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا

211

يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن
ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان
كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات
بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن
بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين
فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان
على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا
هذا طعن ابي خازم القاضي رحمه الله والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور
والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كما انه وكيل منه والملك
بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار
القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد
طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى **باب التصرف في الرهن والجناية عليه**
وجنايته على غيره قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف
لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف
في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق
حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه
وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي
موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن
ينتقل حقه الى بدله وهو الصحيح لانه حق تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار
كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال
دون السقوط رأسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخ الفسخ في رواية
حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن

بمنزلة

بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين
لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه
وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري
صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر
الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي
لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يخير المشتري لما ذكرنا كذلك
هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن
فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف
الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن
او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق
ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق
فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي
في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت
اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال فلو اعتق
الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان
المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا
كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين
وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل
الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم
اذن المرتهن كما اذا اعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض واعتق الابق
والمغصوب ولاخفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض
الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن
في اليد بناء عليه كما اعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى

213

من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى و امتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصا برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بجهة اذا كان جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميل وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كغير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الثابت للشريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا للنقصان مرتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبايع الا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان حق البايع في الحبس لان البايع لا يملكه في الآخرة ولا يسوى من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن

حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو الا في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا حرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتعذر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى وكذلك لو استهلكه الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم

استهلكه خمسمائة ويوم رهن الغاصب خمسمائة وكانت رهنا وبسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة والعبرة في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير فكان رهنا في يده حتى يحل لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه فاذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين يرجع بالسعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الغاصب يجب الاستهلاك خمسمائة وسقط عن الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهلاك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا يرجع السعر وجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج

عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ في العمل هلك في ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فرهنه به من قيل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار حضوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداوه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب

للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضا دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية في يد الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين كما لو اختلفا في مقدار ما امر بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوف وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد تلفه بالاعتاق ونكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما

فانه

فانه كان امينا خالفا ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتكه الرهن ثم ركب الدابة واستخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبراء عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى ما لهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفائية فلانها جناية المملوك على المالك الا يرى لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان تثبت للغاصب مستندا حتى تكون الكفن عليه فكانت جنايته على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير ملكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله ولو ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان لمع وجوب التخليص عليه وجناية على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت

قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو
الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر
بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على
المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار
كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان
الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا
يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله
رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه
ولا يرجع على الراهن بشئ واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب
سقوط الدين عندنا خلافا لزفر وهو يقول ان المالية قد انتقصت
فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات
الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب
الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه
اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا
كل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان
الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق
المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى
استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه
ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك
يتقرر قيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول
لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا
المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك
بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعقد لانه

219

لا يؤدي الى الربوا قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض
المائة قضاء من حقه فرجع بتسع مائة لانه لما باعه باذن الراهن صار
كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين
الا بقدر ما استوفى كذلك هذا قال فان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه
افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء
افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر
يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف
بدلا بقدر العشر فبقي الدين بقدره ولابي حنيفة على ان زفر ان العبد الثاني
قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط
شئ من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار
ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض
والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا
ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الاول لحما ودما كما
ذكرناه مع زفر رحمه الله وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير
رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان
الخيار رضيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان
مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد
يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا
خطاء فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لم يملك التمليك
ولو فدى ظهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشئ من الفداء
لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان
يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة
له وانما صار الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب

الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع
سقط الدين لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك
ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف
ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع
او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن
ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه
على حالهما ولو استهلكه العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن
الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في
الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء
وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان العبد مقدم
على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين
غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان
الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين
العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد
يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس
حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم
اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك
يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده
لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو
رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا لان النصف فيه مضمون والنصف
امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على
الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما
بيناه وانما منه الرضاء به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا

كان

كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي
يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن
انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو
محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي
واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون
المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه
ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه كان متبرعا وهذا على
ما روى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان
شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن
نصف الفداء لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في
الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان
كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان
الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له
الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه او في نصفه فبقي العبد رهنا بما
بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا
لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر
رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه
الاجنبي ولانه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا افداه المرتهن
فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن
يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون
متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي
قايم مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا
لوصيه وان لم يكن اوصى نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي

Library Digitised Collections

Author/s:
Marghnn, Al ibn Ab Bakr,d. 1196 or 7.

Title:
al-Hidyah

Date:
1277? [1860?]

Persistent Link:
http://hdl.handle.net/11343/23239

File Description:
Part 2

130

هذا كتاب الجزء الثالث من الهداية

١٨٧
تابع ما قبله

A. R. BULLOCK,
ISLAMIC BOOKS,
62 KELBURNE ROAD,
OXFORD.
UNITED KINGDOM

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الغصب قال الغصب في اللغة اخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لان حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع قال ومن غصب شيأ مما له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف رحمه الله انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رحمه الله ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي

المتقارب

المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحدان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيمة بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك عارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع يحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة

الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم والجحود
تارك لذلك قال وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم
جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في
العين ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب
دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على
الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال واذا انتقص بالزراعة يغرم
النقصان لانه اتلف البعض فيأخذ راس ماله ويتصدق بالفضل
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى
قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه
وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق
ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب
السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة او تتقرر بذلك
السبب ولذلك يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن
النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد
عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب
لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء بخلاف المبيع
لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل
لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي اما في
الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي
الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه
النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما
ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار

لابي

لابي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه الضمان ظاهر وكذا
الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولها
انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا
حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل
والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد
في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان
لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول
فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد
المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء
الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره
لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا
تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا
شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية
فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف
فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله الغاصب والمودع
اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح
عندهما خلافا لابي يوسف وقد مر الدلائل وجوابها في الوديعة
اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب
الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين بالاشارة كالثمنين فقوله في الكتاب
اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار
الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال

الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد
ان يتاكد بالنقد ليتحقق الحنث وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى
لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار
لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى
بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم
يتصدق بشئ وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند
اتحاد الجنس **فصل** فيما يتغير بعمل الغاصب قال واذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها
زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل
له الانتفاع حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها
او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذ سيفا او صفرا فعمل
آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو
رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق
لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي
رحمه الله يضمنه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزول ملكه عنه لكنه
يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي ان
العين باق فيبقى على ملكه ويتبعه الصفة كما اذا هبت الريح في
الحنطة والقاها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور
فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا
وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث
صنعة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم
وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قايم من كل وجه فيترجح
على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث

انه احدث

انه احدث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمه باق بعد الذبح والسلخ
وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليها غيرها فاحفظه
وقوله لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان
يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهكذا عن ابي حنيفة
رحمه الله رواه الفقيه ابو الليث رحمه الله ووجه ثبوت الملك المطلق
للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه قوله عليه السلام
في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى فاد
الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب
قبل الارضاء لان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل
الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام
الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح لان حق المالك صار موفا
بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه لسقوط حقه به
وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا
منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة
فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف رحمه الله يباح
الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه
بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها
لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال واذا
غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل
ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شئ للغاصب
وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة
صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض
المقاصد والنبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات

والمغزوب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى
ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق
حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من
احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة
مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة
فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي
للمالك اخذهما والوجه من الجانبين قدمناه وآخر لنا فيه ان فيما ذهب
اليه اضرارا بالغاصب ينقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر
المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب
بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال
الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي
الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب
الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها
بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها له وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور
وكذا اذا قطع يديهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه
باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها
وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير
مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود
الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه
مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال
ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه
لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق
خرقا كثيرا بحيث يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته

لانه

لانه استهلاك من هذا الوجه فكأنه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه
ترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب
من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قايم ثم اشارة
الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش
ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء
من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل
قطع الثوب نقصانا فاحشا والغايت به بعض المنافع قال ومن
غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس ورد ها
لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض
باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولابد للملك
من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان
كانت الارض تنقص بقلع ذلك فلمالك ان يضمن له قيمة البناء
والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لها ودفع الضرر عنهما
وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه
فيه اذ لا قرار له فيقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر
او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال
ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه
بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلم للغاصب
وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي
رحمه الله في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ
بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساجة لان التمييز ممكن بخلاف السمن
في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين
والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساجة

يبنى فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى
وبخلاف ما اذا كان الصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من
صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل
الصبغ قال ابو عصمة رحمه الله فى اصل المسئلة وان شاء رب
الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد
الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه
تعين رعاية الجانبين فى البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب
بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه فى السويق غير ان السويق من
ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن
قيمته وقال فى الاصل يضمن قيمة السويق لانه يتفاوت بالقلى
فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه
والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابى حنيفة
رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان
ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف فى غير هذا الموضع
ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما
فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر
الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ
ثوبه وخمسة دراهم لان احد الخمستين جبرت بالصبغ فصل
ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وقال
الشافعى لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح
سببا للملك كما فى المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل
قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف

المدبر

المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضا
لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول فى القيمة قول الغاصب
مع يمينه لان المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر
مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته
بالحجة الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها
بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا
خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به
رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه بقول
الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء
اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى
الزيادة واخذ دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل
ما ضمنه او دونه فى هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب فى ظاهر
الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخى رحمه الله انه لا خيار له
لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوت الرضا قال
ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه
وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت ناقص
لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر فى حق الاكساب دون الاولاد
والناقص يكفى لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد
المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة فى يد الغاصب
ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها صاحبها
فيمنعها اياه وقال الشافعى رحمه الله زوايد الغصب مضمونة متصلة
كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير
بغير رضاه كما فى الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت فى يده يكون مضمونا

عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك
على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها
الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع
حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قالوا في الكتاب
وذلك بان اتلفه او ذبحه او اكله او باعه وسلمه وفي الطلبية المخرجة
لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما
يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو
الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية
ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب
بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى
قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان
في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن
الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد
لان الولد ملكه فلا يصح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك
الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف
شاة او قطع قوائم شجرة غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا
فاضفناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو
الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب
ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت
شنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه
مع العبد بخلاف عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا
اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت
الام اذ لا يفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه

لابد

لابد من رد اصله للبراءة فكذا لابد من رد خلفه والحضانة لا يعد زيادة
لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك
من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة
النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم ومن غصب
جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم
علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث
في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب
ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه ولهما
اشترى جارية فحبلت عند البايع فولدت عند المشتري وماتت
في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها
سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ
فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها
في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب
بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان
الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم
وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف
فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع
ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رحمه
الله يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها
او سكنها وقال مالك رحمه الله ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها
لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا
بالغصوب ولنا انها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في املاكه

اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا للحاجة
والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء
لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه
الماخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل يتقوم ضرورة عند
ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان انتقص باستعماله مضمون عليه
لاستهلاكه بعض اجزاء العين **فصل في غصب ما لا يتقوم**
قال وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفها المسلم لا يضمن
وقال الشافعي رحمه الله انه لا يضمنها للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا
اتلفها ذمي على ذمي او باعها الذمي من الذمي له انه سقط تقومها في
حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب
باتلافها مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم
اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة ونحن امرنا بان نتركهم ومايدينون
والسيوم موضوع فتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال
مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان
لا يدين تمولها الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال
لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت
المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها
وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عهودهم وبخلاف العبد المرتد
يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف
بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا لم يبح لان ولاية الحاجة
ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب
الخمر ان يأخذ الخل بغير ثمن ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد
الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس

الى الظل

الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ
ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس
فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وهذا الدباغ اتصل بالجلد
مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا
يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه
انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل
ما بينهما والغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه لحق الحبس في
المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك
في يده لا يضمن بالاجماع اما الخل فلانه طابق على ملكه مالكه وهو مال
متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما
الجلد فلها انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال
متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما
لو غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ
فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا
فارق الهلاك بنفسه وقولها يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف
الجنس اما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك ويؤخذ منه الباقي لعدم
الفايدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب
وصنعته متقومة لاستعمال مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه
حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقه والجلد تبعا لها في حق
التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا
هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك
والجلد غير تابع للصنعة في الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما

بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ فلم
يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب
في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له
بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب
عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف ما بيناه ثم قيل
يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك
وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس
فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب
يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة
هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة
الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه
فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة رحمه الله
صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى
ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا ان يعطي مثل وزن
الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل
وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكه لا يضمنه عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فعن محمد رحمه الله ان
صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك
له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه
خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير
وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رحمه الله هو للغاصب
في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان

في الاستهلاك

في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك
في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره
وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان
يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر
فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها في كفاية
المنتهى قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اعراق
له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل
الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي
يباح ضربه في العرس فيضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى
في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف
ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو البادق عن ابي حنيفة
رحمه الله روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية
فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع
فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رحمه الله انها اموال
لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالة
المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم
وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف
باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم ويجب قيمتها غير صالحة
للهو كالجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك
المقاتل والعبد المخنث يجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي
السكر والمنصف يجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن
تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على

نصرانى صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال ومن
غصب ام ولد او مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة ولم
يضمن قيمة ام الولد عند ابى حنيفة رحمه الله وقال يضمن قيمتهما
لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة
عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق من هذا
الكتاب **كتاب الشفعة** قال الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم
سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة
للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم
للجار قال فاد بهذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء
وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم
يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار والارض ينتظر له وان كان
غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بصقبه
قيل يا رسول الله ما صقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال
الشافعى رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم
فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة
معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من
غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لان
مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه
متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة
عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان
الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار
اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل
اولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن حظة ابائه اقوى وضرر القسمة

مشروع

مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر غيره واما الترتيب فقوله عليه
السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك
فى نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال
بالشركة فى المبيع اقوى لانه فى كل جزء وبعده الاتصال فى الحقوق لانه
شركة فى مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة
ان لم يصلح علة يصلح مرجحا قال وليس للشريك فى الطريق والشرب
والجار شفعة مع الخليط فى الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم
فالشفعة للشريك فى الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من
الترتيب والمراد بهذا الجار المتلاصق وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة
وبابه فى سكة اخرى وعن ابى يوسف رحمه الله ان مع وجود
الشريك فى الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون
به ووجه الظاهر ان السبب تقرر فى حق الكل الا ان للشريك حق
التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض
والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من
الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار فى المنزل وكذا على
الجار فى بقية الدار فى اصح الروايتين عن ابى يوسف لان اتصاله
اقوى والبقعة واحدة ثم لابد ان يكون الطريق او الشرب خاصا
حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا
او الشرب الخاص ان يكون نهرا لا يجرى فيه السفن وما يجرى فيه فهو
عام وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابى يوسف رحمه الله الخاص
ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام
فان كانت سكة غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة وهى مستطيلة
فبيعت دار فى السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا

قوله لا يصلح علة كما فعله الشافعى قوله لان الترجيح انما يقع بهما لا يكون للاستحقاق
وذلك لان الجار لا يرى ان الجار مع الخ الخ لا يرى ان الترجيح يقع بهذا فهذا مثل ضرر
القسمة انما يتحقق فى الشريك دون الجار حتى لا يستحق بقرابة الام ثم الترجيح يقع بهذا فهذا مثل ضرر
على الجار لوجود الترجمان فى الشريك دون الجار حتى لا يستحق بقرابة الام ثم الترجيح يقع بهذا فهذا مثل ضرر
يقرر فى حق الكل اى ثبت حق الجار فى الشفعة مع وجود
الشريك فيها تقرر السبب فى حقه ايضا الا ان الشريك
كان مقدما فاذا سلم كان للجار ان يستوفى حقه لان استحقاقهم
الصحة مع عماء المرض بدونهم كانت الشركة لعماء المرض ثابت ولهذا قلنا ينبغى للجار ان يطلب الشفعة اذا علم
بالبيع مع الشريك حتى اذا سلم الشريك فلا حق له
فان لم يطلب بعد علم حتى سلم الشريك فلا حق له
كذا فى المبسوط نهاية

فلاهل السكتين والمعنى ماذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير
يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا
يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان
العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه
جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا
قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف
الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق
الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا
انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق
الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا اية كمال
السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في
الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك
غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط
بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة
مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض
غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب فان قضى
لحاضر بالجميع ثم حضر اخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في
يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ
القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل قطع حق الغائب
عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع
ومعناه بعده لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه
فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع
يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر

البائع

البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من
طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد
والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج
الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ
اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل
الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة
ويظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره
المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم
او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى ويبطل شفعته في الثانية
ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان
انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع
اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه
طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت
شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب
والشفعة في اوله او في وسطه فقراء الكتاب الى اخره بطلت شفعته
وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه
ان له مجلس العلم والرويتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما
ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه
البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا يبطل
شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد
اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا
اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب

عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله فى الكتاب اشهد فى
مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم
انما هو لنفى التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخى رحمه الله
ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة
او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب
عليه الاشهاد حتى يجئ رجلان او رجل وامراتان او واحد عدل عند ابى
حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حر كان
او عبدا صبيا او امرأة اذا كان المخبر حقا واصل الاختلاف فى عزل الوكيل
وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخبرة اذا اخبرت
عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشترى لانه خصم
فيه والعدالة غير معتبرة فى الخصومة والثانى طلب التقرير والاشهاد لانه
محتاج اليه لاثباته عند القاضى على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا
على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب
الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال فى الكتاب ثم ينهض منه يعنى من المجلس
ويشهد على البائع اذا كان المبيع فى يده معناه لم يسلم الى المشترى او على
المتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان
كل واحد منهما خصم لان للاول اليد وللثانى الملك وكذا يصح الاشهاد
عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد
عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبى
وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا
شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن
ابى يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح
الا فى معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد

ان شاء

ان شاء الله تعالى قال ولا يسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابى
حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان
ترك شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رحمه الله معناه اذا تركها
من غير عذر وعن ابى يوسف رحمه الله انه اذا ترك المخاصمة فى مجلس من
مجالس القاضى يبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم
يخاصم فيه اختيارا ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم
تسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به المشترى لانه لا يمكنه التصرف
حذارا نقضه من جهة الشفيع قدرناه بشهر لانه اجل وما دونه عاجل
على ما مر فى الايمان وجه قول ابى حنيفة رحمه الله وهو ظاهر المذهب وعليه
الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو
التصريح بلسانه كما فى سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا
كان غائبا ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر ولو علم انه لم
يكن فى البلدة قاض لا يبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن
من الخصومة الا عند القاضى فكان عذرا قال واذا قدم الشفيع الى
القاضى فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعا عليه فان
اعترف بملكه الذى يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر
محتمل فلا تكفى لاثبات الاستحقاق قال رضى الله عنه يسأل القاضى
المدعى قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى
حقا فيها فصار كما ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأل عن سبب شفعته
لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لى تلاصقها الان تم دعواه
على ما قاله الخصاف وذكر فى الفتاوى تحديد هذه الدار التى يشفع بها
ايضا وقد بيناه فى الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن
البينة استحلف المشترى بالله ما تعلم انه مالك للذى ذكره مما يشفع به

معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلف
على ما فى يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت
ملكه فى الدار التى يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضى يعنى
المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة
لان الشفعة لا يجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز
عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع او بالله ما استحق على هذه الدار
شفعة من الوجه الذى ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد
استوفينا الكلام فيه فى الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما
يحلفه على البتات قال ويجوز المنازعة فى الشفعة وان لم يحضر الشفيع
الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بالشفعة لزمه احضار الثمن
وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد رحمه الله انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع
الثمن وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمهما الله لان الشفيع عساه
يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشترى
وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه
فكذا لا يشترط احضاره فاذا قضى له بالدار للمشترى ان يحبسه حتى
يستوفى الثمن وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد
فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال
له ادفع الثمن اليه لا يبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى
قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع فى يده فله ان يخاصمه فى الشفعة
لان اليد له وهى يد مستحقة ولا يسمع القاضى البينة حتى يحضر
المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل
العهدة عليه لان الملك للمشترى واليد للبايع والقاضى بها للشفيع
فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث

لا يعتبر

لا يعتبر حضور البايع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله
فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهى ان البيع فى حق
المشترى اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا
الفسخ المذكور ان ينفسخ فى حق الاضافة لامتناع قبض المشترى
بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر الفسخ
لان الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفقة اليه ويصير كانه المشترى
منه ولهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشترى فاخذه
من يده حيث يكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفى الوجه
الاول امتنع قبض المشترى وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه
فى كفاية المنتهى بتوفيق الله عز وجل قال ومن اشترى دارا لغيره فهو
الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه
عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون
الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليم
البه كتسليم البايع الى المشترى فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك
قايم مقام الموكل فيكتفى بحضوره فى الخصومة قبل التسليم وكذلك
اذا كان البايع وكيل الغايب للشفيع ان يأخذها منه اذا كانت فى يده
لانه عاقد وكذا اذا كان البايع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال
واذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجدها
عيبا فله ان يردها وان كان المشترى شرط البراة منه لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما فى
الشراء ولا يسقط بشرط البرأة من المشترى ولا برئيته لانه ليس بنائب
عنه فلا يملك اسقاطه **فصل فى الاختلاف** قال واذا اختلف الشفيع
والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى لان الشفيع يدعى استحقاق

الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان قال ولو اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البايع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد رحمه الله واما المشتري من العدو قلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم قلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنا لك الا بفسخ الاول اما هنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البايع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله وان ادعى البايع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان

حق

حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي بقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن والله اعلم **فصل فيما يؤخذ به المشفوع** قال واذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وان زاد المشتري البايع لم يلزم الشفيع الزيادة لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري

بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن كما فى الالتلاف والعددى المتقارب من
ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة
الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته قال واذا باع بثمن
مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى يمضى
الاجل فياخذها وليس له ان ياخذها فى الحال بثمن مؤجل وقال زفر رحمه
الله له ذلك وهو قول الشافعى رحمه الله فى القديم لان كونه مؤجلا وصف
فى الثمن كالرياقة والاخذ بالشفعة فياخذه باصله ووصفه كما فى الزيوف
ولنا ان الاجل انما ثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع والمتباع
وليس الرضاء به فى حق المشترى رضاء به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى
الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشترى ولو كان وصفا له
لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل
ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن
حال من البايع سقط الثمن عن المشترى لما بينا من قبل وان اخذها
من المشترى رجع البايع على المشترى بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذى
جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باعه
بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان
له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله فى الكتاب
وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل مراده الصبر على الاخذ اما الطلب
عليه فى الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابى حنيفة رحمه الله
ومحمد رحمهما الله خلافا لقول ابى يوسف رحمه الله الاحزلان حق
الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن
من الاخذ فى الحال بان يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم
بالبيع قال واذا اشترى ذمى دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمى اخذها

بمثل

بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم
وحق الشفعة يعم المسلم والذمى والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة
فياخذ الاول بالمثل والثانى بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما
وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمى نصفها بنصف
مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمى اخذها بنصف قيمة
الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لان يبطل فصار
كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها
بقيمة الرطب كذا هذا **فصل** قال واذا بنى المشترى او غرس ثم
قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء
والغرس وان شاء كلف المشترى قلعه وعن ابى يوسف رحمه الله انه
لا يكلفه القلع ويخيرين ان ياخذه بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين
ان يتركه وبه قال الشافعى رحمه الله الا ان عنده له ان يقلع ويعطى قيمة
البناء لابى يوسف رحمه الله انه محق فى البناء لانه بناه على ان الدار ملكه
والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشترى
شراء فاسدا وكما اذا زرع المشترى فانه لا يكلف القلع وهذا لان
فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار
اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى فى محل تعلق به حق متاكد للغير
من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى فى المرهون
وهذا لان حقه اقوى من حق المشترى لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض
بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء
الفاسد عند ابى حنيفة رحمه الله لانه حصل بتسليط من جهة من له
الحق ولان حق الاسترداد فيها ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا
الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما فى الاستحقاق والزرع يقلع

قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البايع ان اخذ منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البايع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البايع وسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصيرا مقصودا ولهذا يبيعهما مرابحة بجل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال واذا انقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وفي نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس

في النخيل

النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع يسري اليه على ما عرف في ولد المبيعة قال فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن **باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب** قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببه الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحا والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رحمه الله في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخيل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة

سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب وفي الحكمة فيستويان
في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير
والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا او مكاتبا قال
واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن
مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك المشتري صورة
او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار بتزوج الرجل عليها او يخالع
المرأة بها او يستاجر بها دارا او غيرها ويصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها
عبد لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه
الاعواض ليست باموال فلا يجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب
الموضوع وعند الشافعي رحمه الله يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض
متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض
بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا
من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول
ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا
يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم
مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها
بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه
مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال
بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب في حصة الالف لانه مبادلة
مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح
ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان
الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا

باع دارا وفيها زرع لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الزرع لكونه تابعا
فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة
قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها
بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو
يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذلك اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه
بدل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف
ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده
بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار وسكوت
او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في
زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا
الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاءً ولا بد من القبض وان
لا يكون الموهوب ولا عوضه شايعا لانه هبة ابتداءً وقد قررناه
في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان
كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال
ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البايع
فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال بشرط
الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك
عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال
الملك عن البايع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه ما مر واذا اخذها في
الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت
بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار
لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها
وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها

كان اجارة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل
خياره يأخذ ما يبيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال
فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان يأخذها دون
الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا
شراء فاسدا فلا شفعة فيها ما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع
وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت في الشرع لدفع الفساد
وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار
للمشتري في البيع الصحيح لانه صار احق به تصرفا وفي الفاسد ممنوع
قال فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت
دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها
الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم
بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء
ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فتبقى المأخوذة
بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة
له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها
بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء
العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا
يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا
اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية
او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل
وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في اثناء العقد ولا فرق في هذا بين
القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع
الشفعة لانه فسخ في حقها لولا يتهما على انفسهما وقد قصد الفسخ

وبيع

وبيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال
بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ
من الاصل وان كان بغير قضا على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة
في قسمة ولا خيار رؤية هو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الزوال
الرؤية ولا يصح الرؤيه بالفتح عطفا على الشفعة لان الرؤية محفوظة في
كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان
لخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم
بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب
وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك
ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد
اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت
شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل
بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه
بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا
لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف
الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة
اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف
فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا
بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا يبطل الكفالة ولا يجب المال
وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف
في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رحمه الله
تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء

بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولان بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او صي المشتري بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضي له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابراء عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينتقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك من البايع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او بشعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف

وكذا

وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهو دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه **فصل** قال واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الاد رهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن وهو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله لان الشفعة انما تجب لدفع الضرر فلو ابحنا

الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يؤدي
مرارا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة مسائل متفرقة
قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب
احدهم وان اشترى رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان
في الوجه الثاني باخذ البعض يتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به
زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا يتفرق
الصفقة ولا فرق في هذا بينما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان
قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا تقدم ما عليه مالم يتقد الاخر
حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة احد المشتريين بخلاف
ما بعد القبض لانه سقطت يد البايع وسواء سمى لكل بعض ثمنا
او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا
تفريعات ذكرناها في كفايت المنتهى قال ومن اشترى نصف دار
غير مقسوم فقاسم البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري
او ودع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا
يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له
نفع فيه بعود العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف
ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي
لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع على الذي قاسم
فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف
بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب
في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي
جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال
حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يأخذه اذا وقع في جانب

الدار

الدار التي ينتفع بها لانه لا بقي جارا فيما يقع في الجانب الاخر قال ومن
باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد
هو البايع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فنزل منزلة
الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين
لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة
على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر
رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء
دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة
في رواية كتاب الوكالة هو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان
ابطاله كدينه وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما
انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده
من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه
ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكان وسكوتهما كابطالهما لكونه
دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها
بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا
وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي
وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله انه
لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والله اعلم

كتاب القسمة قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي
عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير
نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان
لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان
مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم

التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه
ولو اشتراياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة ببعض الثمن ومعنى
المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون
لاحدهما اخذ نصيبه حال غيبة الاخر ولو اشتراياه فاقتسماه لا يبيع
احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد
اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز
لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وبهذا
لان احدهم يطلب القسمة ينال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه
ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان
كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المبادلة
باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان
الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت
المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل
القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي
ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فيكون كفاية في مالهم غرما
بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر
على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله
كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق
بالناس والعدُ عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مأمونا عالما
بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولابد من القدرة وهي بالعلم
ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على
قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على
العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا

فاقتسموا

فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية
لهم عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الاجرة غالية
بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه حيفة الفوت فيرخص
الاجر قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة
الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب
الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم
باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت
والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة
فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق
ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع
قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا
انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى
يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم
ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم فان كان المال المشترك
ماسوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم ولو ادعوا في العقار
انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة
الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار
المشترا وله انه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر
في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله
ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى
لو حدثت الزيادة قبلها ينفذ وصاياه فيها ويقضي ديونه منها بخلاف

ما بعد القسمة واذا كان قضاءً على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه
فلابد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن الموروث
ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث والوصي المقر بالدين فانه يقبل
البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى
الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع
في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على
ملك البايع وان لم يقسم فلم يكن القسمة قضاء على الغير قال وان
ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمة بينهم لانه ليس في القسمة
قضاءٌ على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه
رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة
انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان
تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل قول الكل
وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك
يفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان
واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث
غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب
الغايب وكذا لو كان مكان الغايب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض
نصيبه لان فيه نظرا للغايب والصغير ولابد من اقامة البينة في هذه
الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم
يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد
بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب
احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصار القسمة
قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتداء ولهذا

لا يرد

لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغايب
فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه لم
يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة
قضاء على الغايب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما
وامين الخصم ليس بخصم عند هما يستحق عليه والقضاء من غير خصم
لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح
كما اطلق في الكتاب قال فان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام
البينة لانه لابد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما وكذا
ومخاصما مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو
كان الحاضر كبيرا وصغير انصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت
البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة
واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت
والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ
لقيامه مقامه **فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم** قال واذا كان كل واحد من
الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها
عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان احدهم ينتفع والاخر
يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم معا وان طلب
صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في
طلبه فلم يعتبر وذكر الخصاف على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار
بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب
القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب
وهو الاول وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسما الا برضاهما
لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيجوز بتراضيهما لانه

الحق لهما وبما اعرف بشانهما اما القاضي يعتمد الظاهر قال ويقسم
العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد
المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين
بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا
بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي
كل موزون ومكيل كثيرا او قليلا والمعدود والمتقارب وبر الذهب
والفضة وبر الحديد والنحاس والآنك بافرادها او البقر والغنم ولا
ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف
الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف
ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرار اذ هي لا تتحقق الا بالقطع
ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل
ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة
البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم
الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في
الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت
المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت
فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان
ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية
حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا
واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا تقسم كاللآلي والياقوت
وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت
وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة
الرقيق الا ترى لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا يصح

التسمية

التسمية وذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم
حمام ولا بئر ولا رحا الا بتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه
يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا انتفاعا
مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت
دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف
الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا
الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى
فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف
ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء
اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء
دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب
بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت
على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع
في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجمعان في
القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رحمه الله انه تقسم
احديهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان
التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور
لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال
فان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة
لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين
وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع
الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل

في المسئلتين روايتين اوبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني بسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اى يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجة اليه في الاخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكنه القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل اولم يمكن جاز على ما ذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معنى القضاء فملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا برتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له وان كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رحمه الله انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكنه اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملكه تسمية الصداق

ضرورة

ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تبقى العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا لها وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم ميل في نصيب الآخر وطريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة تحتملة لبقاء الاختلاط فتستانف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتميز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الاخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانتفاء التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارت حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل مقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل

المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب
الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل
القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق
بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل
جائزة بالتراضي قال واذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل
له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال
رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله
يقسم بالذرع لمحمد رحمه الله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر
ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ولهما
يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة
فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا
فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل
بذراعين من علو وقال ابو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل اجاب
كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو
واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى
ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها
تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل
فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على
علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل
ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه
والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر
بالاخر على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول

محمد

محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله
في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون
وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة
وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلاثة وثلاثون
وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فتساوى مائة من العلو المجرد
ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون
وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا
والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه نصف العلو فيجعل بمقابلة مثله
وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل
مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل
عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع خمسون منها
سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد
القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي
رحمهم الله وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء
لمحمد رحمه الله انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده
بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما
وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة
الى الشهادة عليه اولانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه
بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي
اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما
يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة دعوى معنى
فلا تقبل الا انا نقول بهما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق

الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التميز وانما الاختلاف
في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان
شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه يدفع المال
الى اخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في
الزام الآخر اذا كان منكرا **باب دعوى الغلط في القسمة**
والاستحقاق فيها قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه
شيأ في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك
الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان
لم يقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل
والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة
فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلاً
لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال استوفيت حقي واخذت
بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو
منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء
وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار
ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على
ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت
اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود
التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان
تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى
احدهما بيتا في يد الاخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الاخر فعليه
اقامة البينة طاقلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج
وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض

تحالفا

تحالفا وتراد وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضي للواحد
بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له
وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل** قال واذا استحق بعض
نصيب احدهما بعينه لم يفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ورجع
بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله يفسخ القسمة
قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا
ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع
من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا يفسخ القسمة
بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل يفسخ بالاتفاق وهذه ثلثة
اوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكر ابو سليمان مع ابي يوسف
وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهم الله وهو الاصح لابي يوسف ان
باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما ان القسمة بدون
رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان
باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب
الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان
معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا
جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم
مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه
فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا
في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين
لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين
اما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما
الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء

ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا
لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من
المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق
النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع
صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد
الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف
رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان فيضمن قيمة نصف ما باع
لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد
مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصيب صاحبه قال
ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه
يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء
بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين ورآما قسم لانه لا حاجة
الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه
الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع
قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض
اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي
سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون
المقسوم مشتركا **فصل في المهاياة** المهاياة جائزة استحسانا للحاجة
اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري
فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في
استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على
التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة
يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة

ثم طلب

ثم طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل
التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا
فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن
هذا طائفة وهذا طائفة وهذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على
هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز بجميع الانصباء
لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التناقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه
بالمهايات شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو
تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت
الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان
والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهائي من حيث الزمان والمكان
في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان
اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاره
من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في عبدين
على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة
على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل
عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري
فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من
حيث الجملة قل ما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت
تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من
يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام الممالك بخلاف شرط الكسوة
لانه لا يسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا
جاز ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد
قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز

التهايؤ فيه اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف
قسمة رقبتيهما لان بيع بعض احدهما ببعض الاخرى جائز وجه
الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر
القاضي ويعتبر افرازا ما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة
وفي الدابتين لا يجوز المهايأة على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
تجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت
الراكبين فانهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة
على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا تحمل
زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في
الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة
لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال
ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي
اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة الآخر
يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ
على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع
عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال من
بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية
لما بينا ولو فضل غلة احديهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة
والفرق ان الدارين معنى التميز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء
وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد
في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا
يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان
التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد

فاولى

فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة
لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التفاوت في الخدمة والا
ستقصاء في الاستغلال فلا يقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا
لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين
فتهايئا على ان ياخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب
البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها
وهذه اعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع
حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن
بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع
باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد
على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
جائزة لما روى النبي عليه الصلوة والسلام عامل اهل خيبر على نصف
ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا
بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي
عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف
دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لان لا اثر
هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق الشركة ولهما ما روى ان النبي
عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض
ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول
او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر
كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز فاذا فسد عنده
فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى

اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان
كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج كله فى الوجهين
لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى
على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك
بالتعامل كما فى الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط
احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثانى
ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان
عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع
الارض او منافع العامل والمدة هى المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من
عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض
او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه مستحق
عوضا بالشرط وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلى
رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد
العقد لفوات التخلية والرابع الشركة فى الخارج بعد حصوله لانه ينعقد
شركة فى الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان
جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهى عندهما على اربعة اوجه
ان كان الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة
لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان
كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار
الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة
وان كان الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جاز لانه استأجره
للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا
ليطين بمره وان كان الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهى

باطلة

باطلة وهذا الذى ذكره ظاهر الرواية وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا
لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده فصار كجانب العامل
وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة
الارض قوة فى طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل
كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فيتعذر ان يجعل تابعة لها بخلاف جانب
العمل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وهنا وجهان
آخران لم يذكرهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر
وانه لا يجوز لانه يتم الشركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثانى ان
يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا
عند الاجتماع والخارج فى الوجهين لصاحب البذر فى رواية اعتبارا
بسائر المزارعات الفاسدة وفى رواية لصاحب الارض ويصير
مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال ولا يصح المزارعة الا على
مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما شائعا تحقيقا لمعنى
الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهى باطلة لان به ينقطع
الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كما شرط
دراهم معدودة لاحدهما فى المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب
البذر بذره ويكون الباقى بينهما نصفين لانه يؤدى الى قطع الشركة
فى بعض معين او فى جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا
شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقى بينهما بخلاف ما اذا
شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او لآخر والباقى بينهما لانه معين
مشاع فلا يؤدى الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقى
والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقى
معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك

الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط
لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب
ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه
لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب
البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط
وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا
للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط
الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم
العقد وان شرط التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدى الى قطع الشركة
بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال واذا
صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض
شيئا فلا شئ للعامل لانه يستحق شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت
اجارة فلاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر
المثل في الذمة ولا يفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج
لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت
وبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من رب الارض فللعا
امل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا
ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها
وقدمر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل
ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر
ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على
الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة

فعلى

فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة
وهي اجارة معنى فاذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة
طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل
اخذ قدر بذره واخذ قدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل
من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب
خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض تصدق به قال واذا عقدت
المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي
في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا ليهدم داره وان
امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء
بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر تفسخ به
الاجارة فيفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد
كرب المزارع الارض فلا شئ له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم فاما
فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك
واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة
وقدمر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت
الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الارض ترك
الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وينتقض المزارعة
فيما بقي من السنين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعات الحقين بخلاف
السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيها على القياس
ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار
انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال المزارع ولا شئ للعامل
بمقابلة ما عمل لما بينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح
لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل

ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك بقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا بقينا العقد نظرا لهم فان اراد واقلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا

والمالك

والمالك على الخيارات الثلثة على ما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو اشترط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد الجداد القصيل او جد الثمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد طاعزما على القصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمرة مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيه كالكلام

في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة
الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان
فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الزرع
دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة
اصلا وجوزنا المزارعة تبعا له كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف
العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي
الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر ادراكها
وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك
البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان لها نهاية فلا يشترط
بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا
والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد
علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه متفاوت
بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول
رطبة على ان يقوم عليها او طلق في الرطبة يفسد المعاملة لانه ليس
لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة وشرط
تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة
فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة
لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها
وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت
المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد
العقد لانه تبين الخطاء في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في
الابتداء بخلاف ما اذا لم تخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين
فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شئ لكل واحد منهما على صاحبه

قال ويجوز

قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول البانجان
وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا يجوز الا في النخل والكرم لان جوازها
بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت
واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو
كان كما زعم فالاصل في النصوص ان يكون معلولة سيما على اصله
وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر
عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر
بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال
فان دفع اليه نخلا فيه ثمر مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان كانت
قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد
وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي
والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف
ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة
فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة
اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة وقد
بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه
كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض
استحسانا فبقي العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم
العامل الضرر تخير ورثة الآخرين ان يقسموا البسر على الشرط وبين
ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ
فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر
بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا
عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا

ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي
بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا
خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك
لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه
كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وضعنا واذا انقضت
مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم
عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف
المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل
هنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض
بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وهنا لا اجر فجاز ان
يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في
الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل
سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب
الارض ضرر لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه
عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه
فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه
روايتان وتاويل احديهما ان يشترط العمل ببيده فيكون عذرا من
جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا
على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك
لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا يعمله وجميع الثمر والغرس
لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى
قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله فهو نصف البستان
فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله

لانه

لانه لا يدخل في قيمت الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق اخر
بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحها

كتاب الذبايح

قال الذكاة شرط
حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم لان به يتميز الدم النجس من اللحم
الطاهر وكما يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تبنى عنها ومنه
قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين
اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اى موضع كان من البدن
والثاني كالبدل من الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا
اية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي
به عند العجز عن الاول اذا التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان
يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي
وان يكون حلال خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم
والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم
ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا
او امراة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا يحل لان
التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما
ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي
الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا يؤكل
ذبيحة المجوسي لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي
نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت المسئلة اعتقادا
ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف
الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند
الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد
وكذا لا يؤكل ما ذبح من الصيد في الحرم والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم

والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع
وهذا الصنع محرم فلم يكن ذكوة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح
في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه
لا يحرم على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل
وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رحمه الله اكل في الوجهين وقال مالك
رحمه الله لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى
هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند
الرمي وهذا القول من الشافعي رحمه الله مخالف للاجماع فانا لا خلاف
فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك
التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب
علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا
قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع
فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع
لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان
التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب
الصلوة ولو كانت شرطا فالمسئلة اقيمت مقامها كما في الناسي
ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله نهي والنهي للتحريم
والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي ابن حاتم الطائي فانه
قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك
علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل
فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لا الانسان كثير
النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لحرجت
الحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في

حق

حق الناسي وهو معذور لا تدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه
محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهو
على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الالة لان
المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط
عند فعل يقتدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية
لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو
اضجع شاة وسمى ورمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم
رمى بغيره صيدا لا يؤكل ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره
وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان بن فلان وهذه ثلث مسائل
احديها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد
بما قال ونظيره ان يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد
فلم يكن الذبح واقعا لله الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور
بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة
بان يقول باسم الله واسم فلان او يقول باسم الله وفلان او باسم الله ومحمد
رسول الله بكسر الدال فيحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول
مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة
او بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي عليه السلام انه قال بعد الذبح
اللهم تقبل هذه من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط
هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جرد التسمية
حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال
الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال
الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمة دون التسمية
وما تداولته الناس عند الذبح وهو قوله باسم الله والله اكبر منقول

عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف
قال والذبح الحلق واللبّة وفى الجامع الصغير لا باس بالذبح فى الحلق كله
وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين
اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم
على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال والعروق التى تقطع فى الذكوة
اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج
وانهر بما شئت وهى اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المرى والودجين
وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى الاكتفاء بالحلقوم والمرى الا انه لا
يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم
باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا يجوز الاكثر منها بل
يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذ لك
عند ابى حنيفة رحمه الله وقال لا بد من قطع الحلقوم والمرى واحد
الودجين قال رضى الله عنه هكذا ذكر القدورى الاختلاف فى مختصره
والمشهور فى كتب مشايخنا ان هذا قول ابى يوسف رحمه الله وحده وقال
فى الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان
قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت
الرواية فيه والحاصل ان عند ابى حنيفة اذا قطع الثلاث اى ثلاث كان
يحل وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد
رحمه الله انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابى حنيفة لان كل فرد منها
اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولو رود الامر بقربه فيعتبر اكثر كل واحد
منها ولابى يوسف رحمه الله ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب
احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ
فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعها ولابى حنيفة

رحمه الله ان

رحمه الله ان الاكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الاحكام واى ثلاث قطعها
فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح
والتوحية فى اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام
ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب
بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيأ
احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان
منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعى
رحمه الله المذبوح ميتة لقوله عليه الصلوة والسلام كل ما انهر الدم وافرى
الاوداج ما خلا الظفر والسن فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع
فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه الصلوة والسلام
انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على
غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون كذلك ولانه آلة جارحة
فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف
غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون فى معنى المنخنقة وانما يكره لان
فيه استعمال جزء الآدمى ولان فيه اعسارا بالحيوان وقد امرنا فيه
بالاحسان قال ويجوز الذبح بالبطة والمروة وكل شئ انهر الدم الا السن
القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا نص محمد رحمه الله
فى الجامع الصغير على انهما ميتة لانه وجد فيه نصا ومالم يجد فيه نصا
يحتاط فى ذلك فيقول فى الحل لا باس وفى الحرمة يقول يكره اولم يؤكل
قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب
الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا
الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة
لما روى عن النبى عليه الصلوة والسلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد

سفرنه فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها
قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك ويؤكل ذبيحته
وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة
اما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام انه نهى عن ان ينخع الشاة
اذا ذبحت وتفسيره ماذكرنا وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه
وقيل ان تكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا
لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة
وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة مكروه
ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان ينخع الشاة قبل ان تبرد
يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان
الكراهة لمعنى زايد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم
فلهذا قال يؤكل ذبيحته قال فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى
قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكوة ويكره لان فيه زيادة الالم
من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت
بما ليس بذكوة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكوة الذبح وما
توحش من النعم فذكوته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما يصار
اليه عند العجز عن ذكوة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الثاني دون
الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار
لما بينا وقال مالك رحمه الله لا تحل بذكوة الاضطرار في الوجهين لان
ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف
وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم
وعن محمد رحمه الله ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكوتها العقر وان
ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر

فلا عجز

فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما
فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فتحقق العجز والصيال كالند اذا كان
لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة حل
اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب
في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره فالاستحباب لموافقة السنة
المتوارثة ولاجتماع العروق فيهما في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة
لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك
انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا
لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن
زياد وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله
عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل
بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما
حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها
فالجرح في الام ذكوة له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل
في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكوة ولهذا
تفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه ويصح الوصية له وبه وهو
حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوة وهو التمييز بين اللحم والدم لا
يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه
بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل
فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا تفسد باستثنائه
ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق **فصل فيما يحل اكله**
وفيما لا يحل قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من
الطير لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور واكل

والكل ذى ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهايم لاكل ماله مخلب وناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ عادة ومعنى التحريم كرامة بنى آدم كيلا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعى فى اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف قال ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذى يأكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة لا بأس اكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفات والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبى عليه السلام نهى عائشة رضى الله عنها حين سئالته عن اكله وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفات من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شئ وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل لحم الاهلية والبغال لما روى خالد بن وليد رضى الله عنه ان النبى عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمر وعن على رضى الله عنه ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ويكره لحم الفرس عند ابى حنيفة رحمه الله وهو قول مالك رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضى الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن فى لحم الخيل يوم خيبر ولابى حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من

اعلى

اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم فى الغنيمة ولان اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر رضى الله عنه معارض لحديث خالد رضى الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهية عنده كراهية تحريم وقيل كراهية تنزيه والاول اصح امالبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس فى شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا بأس باكل الارنب لان النبى عليه السلام اكل منه حين اهدى اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا اكلة الجيف فاشبه الظبى قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمى والخنزير فان الذكوة لا تعمل فيهما الآدمى لحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما فى الدباغ وقال الشافعى رحمه الله الذكوة لا تؤثر فى جميع ذلك لانها لا تؤثر فى اباحة اللحم اصلا وفى طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كزنج المجوسى ولنا ان الذكوة مؤثرة فى ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهى النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما فى الدباغ وهذا حكم مقصود فى الجلد كالتناول فى اللحم وفعل المجوسى امانة فى الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع فى الماء القليل لا يفسده خلافا للشافعى وهل يجوز الانتفاع به فى غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به فى الاكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة باطلا جميع ما فى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى رحمه الله انه اطلق ذلك كله والخلاف فى الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم فى هذه الاشياء اذ الدموى لا يسكن الماء والحرم

هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى تعالى عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا باس به لاطلاق ما رويناولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا مات فيه من غير آفة قال ولا بائس باكل الجريث والمار ماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد الا ان يقطع الاحذ رائسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما رويناه وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال الكل كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كما لو اخذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وينسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى وعند التامل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فما ت يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب

كتاب الاضحية قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن اولاده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله عليهم وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا يا خذ من شعره واظفاره شيأ والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظايف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يودن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب تشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والملك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بيناه وليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقدم في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وروى عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية

بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة مختصة والاصل في القرب ان لا يجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان يأكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويتباع بما بقي ما ينتفع بعينه قال تذبح عن كل واحد منهم شاة او تذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولان في الشاة فتي على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع ولا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وبيانه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة وقلنا المراد منه قيم اهل البيت لان اليسار لم يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع بطريق الاولى واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا اجزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع

والجلد

75

والجلد اعتبارا بالسبع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر رحمه الله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تموله والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام ومن ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك النصاب قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة

الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو
ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا
لانه صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزتهم وكذا على هذا عكسه وقيل
هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر
ويومان بعده وقال الشافعي ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام
التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس
رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه
سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا
بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء
القربة وهو الاصل الا لعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال
الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يمضي بليلته
اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية
فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق
تطوع محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة تؤتى
بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي ولو لم
يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه وكان فقيرا تصدق بها
حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشتري او لم يشتر لانها واجبة على
الغني ويجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت وجب
عليه التصدق احرازا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم
بعد العجز فدية ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا
العجفاء لقوله عليه السلام لا يجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء
البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجز مقطوعة
الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا الاذن والعين اي

اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فضار كالاذن قال
ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر
حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا
واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر ففي الجامع
الصغير عنه وان قطع من الاذن والذنب او العين او الالية الثلث
او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير
رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى
عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله
عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو
اختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله قال ابو يوسف رحمه الله اخبرت بقولي
ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل
معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف ما نعا روايتان عنهما كما في
انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين
قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب
العلف اليها قليلا قليلا فاذا راه من موضع اعلم على ذلك المكان ثم يشد
عينها الصحيحة ويقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رآه من مكان اعلم
عليه ثم ينظر الى تفاوت بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان
نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحى بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن
لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب
وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين موجوءين والوجاء وهي
المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت
لا تعتلف لا يجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد

ولانقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها عن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز ان كان هذا لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعدم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا يجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه الضمان لنقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله لانه حصل بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم ينقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة

اشهر

اشهر في مذهب الفقها وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعزى ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذيب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزأهم وان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجزي عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء الميت ولو ذبحها عن صغير في الورثة اوام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من اللحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يوكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم

عليها اثلاثا ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه التي تستعمل
في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم
ولا باس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا
وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به مالا ينتفع به الا بعد
استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف
على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد او اللحم بالدراهم
او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى
بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد
كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطى
اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها
وخطمها ولا تعط الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى
البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزام اقامة
القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي
ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف والافضل ان يذبح اضحيته بيده
ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسن الذبح فالافضل ان يستعين بغيره
واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة
رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها
كل ذنب ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل قربة وهو ليس باهلها ولو
امره فذبح جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف
ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا واذا غلط رجلان
فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأه عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان
واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا تحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها
ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز

ولا ضمان

ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير
اذنه فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت
للذبح لعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر
ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح
اذ ناله دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامة العوارض
فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب
وهو ان يذبحها بنفسه ويشهد الذبح فلا يرضى به قلت يحصل له مستحبان
آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه مجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله
من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره له او طحن حنطته
او رفع جرته فانكسرة او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير اذن المالك
يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب
تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة واماله
الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه
او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرة فيما بينهما او حمل
على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا
لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل
واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر يعينها ويتأتى
فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيما خذ كل واحد منهما ملوحة
عن صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا شيئا
علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويحز بهما لانه لو اطعمه في الابتداء
يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في انتهاء وان تشاحا فلكل منهما
ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار
كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن

اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ماذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بابق الغصب بخلاف مالو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رضى الله عنه تكلموا فى معنى المكروه والمروى عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه طالم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق لفظ الحرام وعن ابى حنيفة رحمه الله وابى يوسف رحمه الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل فى الاكل والشرب قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابى يوسف انه لا باس بها للتداوى وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلوة والذباح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم واخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب فى آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام فى الذى يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم وانى ابو هريرة رضى الله عنه بشراب فى اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه ولانه تشبه بزى المشركين وتنعم المترفين والمسرفين وقال فى الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعموم النهى وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرها لما ذكرنا قال ولا باس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعى يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب فى الاناء المفضض عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى

والركوب

والركوب فى السرج المفضض والجلوس على الكرسى المفضض اذا يتقى موضع الفضة ومعناه يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليدين فى الاخذ وفى السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف رحمه الله يكره له ذلك وقول محمد يروى مع ابى حنيفة ويروى مع ابى يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما واذا جعل ذلك فى السيف والمسجد وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب والثغر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذى لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان المستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابى حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة الملفوفة بالحرير والعلم فى الثوب وسمار الذهب فى الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى او نصرانى او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول فى المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقد ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم لانه لما قبل قوله فى الحل اولى ان يقبل فى الحرمة قال ويجوز ان يقبل فى الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبى لان الهدايا تبعث عادة على ايدى هؤلاء وكذا لا يكلفهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب فى الارض والمبايعة فى السوق فلو لم يقبل قولهم يفضى الى الحرج وفى الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثنى مولاى اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل فى المعاملات قول الفاسق

Library Digitised Collections

Author/s:
Marghnn, Al ibn Ab Bakr,d. 1196 or 7.

Title:
al-Hidyah

Date:
1277? [1860?]

Persistent Link:
http://hdl.handle.net/11343/23239

File Description:
Part 1